

Die arbeitsrechtliche Rechtsprechung des Bundesgerichts im Jahr 2011

Veröffentlicht in Band 137

Von Prof. Dr. THOMAS KOLLER, Bern^{1, 2}

Übersicht

- | | | |
|------|--|-----------------|
| I. | Verstoss eines Arbeitnehmers gegen ein Konkurrenzverbot im laufenden Arbeitsverhältnis; Gewinnabschöpfung (Art. 321a Abs. 3, Art. 321b, Art. 423 Abs. 1 und Art. 464 OR) | BGE 137 III 607 |
| II. | Betriebsübernahme während der Nachlassstundung; Übergang des Arbeitsverhältnisses (Art. 333 OR, Art. 293 ff. SchKG) | BGE 137 III 487 |
| III. | Massenentlassung; Mindestbetriebsgrösse; kein «Durchgriff» im Konzern (Art. 335d ff. OR) | BGE 137 III 27 |
| IV. | Massenentlassung; zweckdienliche Auskünfte (Art. 335f OR) | BGE 137 III 162 |
| V. | Gemeinsame Durchführung eines Gesamtarbeitsvertrages; Konventionalstrafe; Aktivlegitimation eines GAV-Kontrollorgans (Art. 357b OR) | BGE 137 III 556 |

¹ Ich danke unserem Hilfsassistenten Herrn Sebastian Müller, BLaw, meiner Assistentin Frau lic.iur. Esther Scheitlin, Rechtsanwältin, und meinem Assistenten Herrn David Jost, MLaw, Rechtsanwalt, herzlich für ihre Mitarbeit beim Zusammentragen des Materials und bei der Durchsicht des Manuskripts. Das Manuskript wurde am 18. Juli 2013 abgeschlossen.

² In dieser Rechtsprechungsübersicht werden die allgemeinen Kommentare zum schweizerischen Privatrecht mit den üblichen Abkürzungen zitiert (BK = Berner Kommentar; BSK = Basler Kommentar). Im Weiteren werden als Standardliteratur folgende Werke abgekürzt zitiert: JÜRGEN BRÜHWILER, Kommentar zum Einzelarbeitsvertrag, 2. Aufl., Bern/Stuttgart/Wien 1996; CHRISTIANE BRUNNER/JEAN-MICHEL BÜHLER/JEAN-BERNARD WAEGER/CHRISTIAN BRUCHEZ, Kommentar zum Arbeitsvertragsrecht, 3. Aufl., Basel/Genf/München 2005; COMMENTAIRE DU CONTRAT DE TRAVAIL, hrsg. von Jean-Philippe Dunand/Pascal Mahon, Bern 2013 (zit. COMMENTAIRE STÄMPFLI-BEARBEITERIN); THOMAS GEISER/ROLAND MÜLLER, Arbeitsrecht in der Schweiz, 2. Aufl., Bern 2012; WOLFGANG PORTMANN/JEAN-FRITZ STÖCKLI, Schweizerisches Arbeitsrecht, 3. Aufl., Zürich/St. Gallen 2013; ULLIN STREIFF/ADRIAN VON KAENEL/ROGER RUDOLPH, Arbeitsvertrag, 7. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2012; RÉMY WYLER, Droit du travail, 2. Aufl., Bern 2008.

- | | | |
|-------|--|-----------------|
| VI. | Örtliche Zuständigkeit; Gerichtsstand für arbeitsrechtliche Klagen (Art. 24 GestG [neu Art. 34 ZPO]); Gerichtsstand für deliktische Klagen (Art. 25 GestG [neu Art. 36 ZPO]); objektive Klagenhäufung einerseits und Anspruchskonkurrenz andererseits (Art. 7 Abs. 2 GestG [neu Art. 15 Abs. 2 ZPO]) | BGE 137 III 311 |
| VII. | Abgrenzung zwischen Arbeitsvertrag und Agenturvertrag; örtliche Zuständigkeit; doppelrelevante Tatsachen; Massgeblichkeit des klägerischen Tatsachenvortrags für den Zuständigkeitsentscheid (Art. 24 GestG [heute Art. 34 ZPO]) | BGE 137 III 32 |
| VIII. | Gerechtfertigte fristlose Kündigung durch den Arbeitnehmer wegen Verletzung der Beschäftigungspflicht; Persönlichkeitsverletzung; Genugtuung (Art. 28 ZGB, Art. 49, Art. 55, Art. 101, Art. 328 Abs. 1 und Art. 337 ff. OR) | BGE 137 III 303 |

- I. Verstoss eines Arbeitnehmers gegen ein Konkurrenzverbot im laufenden Arbeitsverhältnis; Gewinnabschöpfung (Art. 321a Abs. 3, Art. 321b, Art. 423 Abs. 1 und Art. 464 OR)

BGE 137 III 607 (4A_345/2011)

K hatte während seiner Anstellung als Leiter der Abteilung Heizung im Betrieb der X AG unter Verwendung ihrer Infrastruktur auf privater Basis gegen Entgelt Aufträge für Dritte im Heizungsbereich ausgeführt. Als die X AG nach Beendigung des Arbeitsverhältnisses davon erfuhr, klagte sie gegen K auf Herausgabe der entsprechenden Einnahmen im Betrag von Fr. 23 595.– nebst Zins. Die kantonalen Instanzen sprachen ihr den Betrag von Fr. 15 000.– (Einnahmen abzüglich Entschädigung für die eigene Arbeit) nebst Zins zu. Mit seiner Beschwerde in Zivilsachen blieb K vor Bundesgericht erfolglos (vgl. die ausführliche und grundsätzlich zustimmende Besprechung dieses Urteils von JÖRG SCHMID/JONAS RÜEGG, ZBJV 2013, 492 ff., 516 ff., sowie die Kurzhinweise bei THOMAS GEISER/BENEDIKT HÄFLIGER, SJZ 2012, 351 ff., 352, PIERRE TERCIER/PASCAL G. FAVRE, SJZ 2012, 260 ff., 264, STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, Art. 321b N 3 S. 204 Mitte, PORTMANN/STÖCKLI, Rz. 377, und COMMENTAIRE STÄMPFLI-DUNAND, Art. 321b N 12).

K war seinerzeit Handlungsbevollmächtigter der X AG, weshalb Art. 464 OR zum Tragen kam. Gemäss dieser Bestimmung darf der Prokurist sowie der Handlungsbevollmächtigte, der zum Betrieb des ganzen Gewerbes bestellt ist oder – wie in casu – *in einem Arbeitsverhältnis zum Inhaber des Gewerbes steht*, ohne Einwilligung des Geschäftsherrn weder für eigene Rechnung noch für Rechnung eines Dritten Geschäfte machen, die zu den Geschäftszweigen des Geschäftsherrn gehören (Abs. 1). Bei Übertretung dieser Vorschrift kann der Geschäftsherr *Ersatz des verursachten Schadens fordern und die betreffenden Geschäfte auf eigene Rechnung übernehmen* (Abs. 2). Im vorliegenden Fall stand nicht ein Schadenersatzanspruch der X AG zur Diskussion, sondern *ein Anspruch auf Gewinnabschöpfung*. Ein solcher Anspruch auf Abschöpfung des vom Handlungsbevollmächtigten erzielten Gewinns steht – so das Bundesgericht – dem Geschäftsherrn zu. Dazu ist nicht erforderlich, dass der Geschäftsherr eine Übernahme des Geschäfts auf eigene Rechnung i. S. v. Art. 464 Abs. 2 OR verlangt (BGE 137 III 607 E. 2.3 S. 612). Ebenso ist es unerheblich, ob die Dritten bereit gewesen wären, die entsprechenden Geschäfte an die Geschäftsherrin zu vergeben, oder ob diese interessiert gewesen wäre, die konkreten Dienstleistungen selber zu erbringen. *Dem kaufmännischen Vertreter soll – so das Bundesgericht weiter – der Anreiz zu einem Geschäft in denselben Geschäftszweigen unabhängig davon genommen werden, ob der Geschäftsherr das konkrete Geschäft abgeschlossen hätte oder ob er selber einen Gewinn hätte erzielen können* (BGE 137 III 607 E. 2.2.2 S. 611, m. Hw. [Hervorhebung hinzugefügt]). Das Bundesgericht misst somit Art. 464 OR eine klar *verhaltenslenkende Funktion* zu. Dem kann nur beigegeben werden.

Nicht zu entscheiden hatte das Bundesgericht die Frage, ob dem Arbeitgeber auch gegenüber einem Arbeitnehmer ohne Prokura oder Handlungsvollmacht ein Anspruch auf Gewinnherausgabe zusteht, wenn dieser den Arbeitgeber unzulässig konkurrenziert (Art. 321a Abs. 3 OR). Ein solcher Anspruch gegen «gewöhnliche» Arbeitnehmer liess sich gegebenenfalls auf Art. 423 Abs. 1 OR oder auf Art. 321b OR (Rechenschafts- und Herausgabepflicht des Arbeitnehmers) stützen. In der Lehre ist diese Frage umstritten (vgl. dazu die Nachweise in BGE 137 III 607 E. 2.4 S. 613); eine höchstrichterliche Klärung steht (leider) weiterhin aus.

II. Betriebsübernahme während der Nachlassstundung; Übergang des Arbeitsverhältnisses (Art. 333 OR, Art. 293 ff. SchKG)

BGE 137 III 487 (5A_113/2011)

Einmal mehr hatte sich das Bundesgericht mit den Nachwehen des Swissair-Groundings im Jahr 2001 zu befassen und einmal mehr stand dabei ein arbeitsrechtliches Problem im Zentrum des Interesses (siehe zu früheren Fällen mit Bezug zum Arbeitsrecht etwa BGE 131 III 606 [dazu THOMAS KOLLER, ZBJV 2006, 404 ff., 427 ff.]; 132 III 32 [dazu THOMAS KOLLER, ZBJV 2008, 318 ff., 334 ff.]; 134 III 102 [dazu THOMAS KOLLER/MICHAEL S. GRABER, ZBJV 2010, 1082 ff., 1083 ff.]).

Der Swissair wurde am 5. Oktober 2001 vom Nachlassrichter die Nachlassstundung gewährt. Am 10. Januar 2002 bzw. 30./31. März 2002 (also während der Nachlassstundung) wurde das kontinentale bzw. interkontinentale Flug Streckennetz der Swissair auf die Crossair Aktiengesellschaft für europäischen Regionalfluggverkehr (nachfolgend Crossair bzw. neu Swiss) übertragen.

X arbeitete seit dem 1. Januar 1993 als Pilot bei der Swissair. Auf dessen Arbeitsverhältnis war der Gesamtarbeitsvertrag (GAV) Swissair-Aeropers vom 1. Juli 1999, Stand 2001, anwendbar. Mit Schreiben vom 15. März 2002 kündigte die Swissair das Arbeitsverhältnis «aufgrund der Einstellung des Flugbetriebes per 31. März» auf den 30. Juni 2002 und stellte X per 31. März 2002 frei. Gestützt auf eine Vertragsofferte vom 13. März 2002 ging X per 31. März 2002 ein Vertragsverhältnis mit der Swiss ein, und zwar zu einem niedrigeren Lohn.

Am 22. Mai 2003 wurde der vom Sachwalter der Swissair in Nachlassstundung unterbreitete Nachlassvertrag mit Vermögensabtretung bestätigt. Der Liquidator verfügte am 13. Februar 2007 über die Kollokation der von X angemeldeten Forderungen. Er anerkannte die von X geltend gemachte Lohndifferenz und Pensionskassenbeiträge in der ersten Klasse für eine Kündigungsfrist von sechs Monaten (April bis September 2002). Zur Begründung hielt der Liquidator fest, das Arbeitsverhältnis sei Ende März 2002 nach Art. 333 OR auf die Swiss übergegangen. Die Swissair als vormalige Arbeitgeberin hafte

für die seit Betriebsübergang fällig gewordenen Ansprüche bis Ende September 2002, d. h. für den Zeitraum, welcher sich unter Berücksichtigung der sechsmonatigen Kündigungsfrist gemäss GAV ergebe. Über diesen Zeitraum hinausgehende Forderungen wies der Liquidator ab, ebenso die Forderung nach einer Abfindung, da das Arbeitsverhältnis wegen des Betriebsübergangs nicht aufgelöst worden sei.

X erhob Kollokationsklage gegen die Swissair in Nachlassliquidation. Er stellte sich auf den Standpunkt, dass die Kündigung der Swissair vom 15. März 2002 ungültig gewesen sei und dass sein Arbeitsverhältnis weder gemäss Art. 333 OR auf die Swiss übergegangen noch – in Anwendung des GAV – mit sechsmonatiger Frist kündbar gewesen sei. Aus diesem Grund verlangte er von der Nachlassmasse die (bezüfferte) Differenz der Lohn- und Pensionskassenbeiträge bis zum 30. Juni 2006 bzw. Ende der Wirkungen des GAV. Im Eventualbegehren (d. h. für den Fall, dass die Lohn- und Pensionskassenbeiträge nur bis Ende September 2002 geschuldet seien) verlangte er gestützt auf den GAV eine Abfindung in der Höhe eines Jahresalters.

Mit seiner Klage blieb X vor den kantonalen Instanzen erfolglos, ebenso mit seiner Beschwerde in Zivilsachen vor Bundesgericht (siehe zu diesem Urteil die Kurzhinweise bei THOMAS GEISER, AJP 2013, 437 ff., 445 f., THOMAS GEISER/BENEDIKT HÄFLIGER, SJZ 2012, 351 ff., 352, THOMAS GABATHULER/IRÈNE SPIRIG, plädoyer 3/12, 48 ff., 50 f., STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, Art. 333 N 7 S. 836, COMMENTAIRE STÄMPFLI-CHENEAUX/MARTIN, Art. 333 N 15, und PORTMANN/Stöckli, Rz. 618).

Der Problemkreis des Betriebsübergangs im Rahmen von Insolvenzverfahren weist zahlreiche Aspekte auf, von denen bisher noch nicht alle geklärt waren. Im (wegleitenden) BGE 129 III 335 hatte das Bundesgericht die grundsätzliche Frage offengelassen, ob Art. 333 Abs. 1 OR bei Betriebsübernahmen im Konkurs überhaupt anwendbar sei. Es hielt dort nur fest, dass die Solidarhaftung des Erwerbers gemäss Art. 333 Abs. 3 OR nicht zum Tragen komme, falls Art. 333 Abs. 1 OR anwendbar sein sollte. Eine Solidarhaftung des Übernehmers eines Betriebs im Konkurs widerspreche dem Sinn und Zweck der Norm, weil der Schutz der Arbeitnehmer beim Übergang eines Betriebs in ihr Gegenteil verkehrt würde. Den Arbeitnehmern und der Volkswirtschaft sei mehr gedient, wenn ein neuer Arbeitgeber gefunden werde, der zwar für ausstehende Lohnforderungen nicht hafte, aber immerhin den Betrieb weiterführe und die Arbeitsplätze erhalte.

In BGE 130 III 102 sodann hatte das Bundesgericht die Frage offengelassen, ob Art. 333 OR auf den Betriebsübergang im Rahmen eines Nachlassverfahrens mit Vermögensabtretung Anwendung finde.

Im hier besprochenen Urteil erklärte das Bundesgericht nun Art. 333 OR bei der Übernahme eines Betriebs in der Nachlassliquidation mit Blick auf den automatischen Übergang des Arbeitsverhältnisses für grundsätzlich anwendbar (BGE 137 III 487 E. 4 S. 491 ff., mit ausführlicher Begründung). Im Wesentlichen machte das Bundesgericht geltend, sowohl im Rahmen einer freiwilligen Sanierung als auch in einer Zwangsvollstreckung schütze die Kontinuität des Arbeitsverhältnisses nicht nur die Interessen des Arbeitnehmers, sondern sie erleichtere oder ermögliche auch dem Erwerber die Übernahme eines funktionierenden Betriebes. Der automatische Übergang des Arbeitsverhältnisses stehe im Einklang mit dem Zweck der Bestimmung, zumal der Handlungsspielraum des Erwerbers nicht übermässig eingeschränkt werde. Das Arbeitsverhältnis könne mit Blick auf die Übernahme gekündigt werden, was – Missbrauch vorbehalten – zulässig sei (BGE 137 III 487 E. 4.5.2 S. 494 f., m. Hw. auf 136 III 552 E. 3.3 S. 559). Sodann könne der Erwerber das nicht beendete bzw. übergegangene Arbeitsverhältnis kündigen. Mit Blick auf den in Art. 333 OR vorgesehenen Übergang des Arbeitsverhältnisses seien keine triftigen Anhaltspunkte ersichtlich, welche dem Zweck der Bestimmung geradezu zuwiderlaufen würden und diese Wirkung des Betriebsübergangs aufgrund teleologischer Reduktion in der Nachlassliquidation ausgeschlossen werden müsse (BGE 137 III 487 E. 4.5.2 S. 495, m. Hw. auf BGE 129 III 335 E. 5.8 S. 349). Die Folge davon sei, dass der bisherige Arbeitgeber nach Art. 333 Abs. 3 OR – d. h. unter anderem für alle nach dem Übergang bis zu dem Zeitpunkt fällig werdenden Forderungen, auf den das Arbeitsverhältnis ordentlichweise beendet werden könnte – hafte. Ausdrücklich offen liess das Bundesgericht demgegenüber die Frage, ob die Solidarhaftung des Erwerbers bei einem Betriebsübergang in der Nachlassliquidation zum Tragen komme oder – wie im Konkurs (BGE 129 III 335) – nicht (BGE 137 III 487 E. 4.8 S. 496 f.).

Ob diese Erörterungen zur Begründung der Weiterhaftung der Swissair notwendig waren, ist fraglich. Im Grunde drückt Art. 333 Abs. 3 OR, soweit es um die Haftung des bisherigen Arbeitgebers geht, etwas Selbstverständliches aus, das auch ohne diese ausdrückliche Regelung gelten würde. Dass sich der Arbeitgeber mit einer

Übertragung des Betriebes auf einen andern seiner Verpflichtungen aus dem Arbeitsvertrag nicht einfach entledigen kann, liegt auf der Hand. Schon nach allgemeinen Grundsätzen haftet daher der alte Arbeitgeber für alle Verpflichtungen, die sich aus dem Arbeitsvertrag ergeben, auch nach einem Betriebsübergang (a. M. wohl BSK OR I-PORTMANN, Art. 333 N 34, und ISABELLE WILDHABER, Das Arbeitsrecht bei Umstrukturierungen, S. 442, denen zufolge die eigentliche Bedeutung von Art. 333 Abs. 3 OR darin liege, die Forthaltung des Veräusserers zu begründen). Nur in zwei Punkten enthält Art. 333 Abs. 3 OR Besonderheiten, was die Haftung des bisherigen Arbeitgebers betrifft: Zum einen findet diese ihre Grenze auf den Zeitpunkt der (erstmaligen) *Kündbarkeit* des Arbeitsvertrages; eine effektive Kündigung durch den alten Arbeitgeber – die ja nicht im Interesse des Arbeitnehmers läge – ist nicht erforderlich. Zum andern handelt es sich bei Art. 333 Abs. 3 OR um eine relativ zwingende Norm (Art. 362 OR). Demgemäss kann der Arbeitnehmer vertraglich nicht auf die Weiterhaftung des alten Arbeitgebers verzichten. In casu spielten diese Aspekte jedoch keine Rolle, da die Swissair den Arbeitsvertrag noch vor Betriebsübergang gekündigt hatte und ein Verzicht des Arbeitnehmers auf die Haftung gegenüber der Swissair nicht zur Debatte stand. Unter diesen Umständen hätte das Bundesgericht die Grundsatze Frage, ob bei einem Betriebsübergang in der Nachlassstundung ein Arbeitsverhältnis (hier in gekündigtem Zustand) auf den Erwerber übergeht, eigentlich offenlassen können.

Nun könnte man natürlich den Entscheid des Bundesgerichts begrüssen, weil damit immerhin ein weiteres Problem im Zusammenhang mit der Frage der Anwendbarkeit von Art. 333 OR in Insolvenzverfahren geklärt wurde. Von grosser Tragweite dürfte diese Klärung für die Zukunft allerdings nicht sein. Am 21. Juni 2013 verabschiedeten die eidgenössischen Räte im Rahmen einer umfassenden Neuerung des Sanierungsrechts – auch dies im Gefolge des Swissair-Grundings – eine wichtige SchKG-Revision (siehe die Referendumsvorlage in BBl 2013, 4747 ff.; Näheres dazu bei DANIEL HUNKELER, Neues Sanierungsrecht verabschiedet – voraussichtlich Inkrafttreten bereits am 1. Januar 2014, in: Jusletter vom 8. Juli 2013). Im Zuge dieser Revision wird ein neuer Art. 333b ins OR eingefügt, der folgenden Wortlaut hat (BBl 2013, 4759): «Wird der Betrieb oder der Betriebsteil während einer Nachlassstundung, im Rahmen eines Konkursverfahrens oder eines Nachlassvertrages mit Vermögensabtretung

übertragen, so geht das Arbeitsverhältnis mit allen Rechten und Pflichten auf den Erwerber über, *wenn dies mit dem Erwerber so vereinbart wurde* und der Arbeitnehmer den Übergang nicht ablehnt. Im Übrigen gelten die Artikel 333, ausgenommen dessen Absatz 3, und 333a sinngemäss» (Hervorhebungen hinzugefügt). Das neue Recht, das voraussichtlich am 1. Januar 2014 in Kraft treten wird, falls nicht ein Referendum gegen die Revision ergriffen wird, hält damit klar fest, dass die Arbeitsverhältnisse bei Betriebsübergängen in Insolvenzverfahren nur noch dann auf den Erwerber übergehen, wenn dieser zustimmt. Dabei kann der Erwerber sogar selektiv vorgehen, d. h., er kann entscheiden, welche Arbeitsverhältnisse er übernehmen will und welche nicht (HUNKELER, a. a. O., Rz. 11 [«cherry picking»]). Mit dem zweiten Satz des neuen Art. 333b OR soll nach dem ausdrücklichen Willen des Gesetzgebers (vgl. dazu statt aller etwa die diversen Voten im Nationalrat in der Vormittagsitzung vom 19. Juni 2013, AB 2013 N 1059 ff.) für den Fall der Übernahme von Arbeitsverhältnissen durch den Erwerber klargestellt werden, dass dieser für vor dem Übergang fällig gewordene Forderungen nicht solidarisch haftet (HUNKELER, a. a. O., Rz. 11). Gesetzestechnisch ist diese Bestimmung mit der Wendung «ausgenommen dessen Absatz 3» allerdings verunglückt, enthält doch Art. 333 Abs. 3 OR wie erwähnt auch einen Hinweis auf die Weiterhaftung des bisherigen Arbeitgebers. Aufgrund der Beratungen im Nationalrat dürfte indessen klar sein, dass damit nur (aber immerhin) die Solidarhaftung des Erwerbers, nicht jedoch die Weiterhaftung des alten Arbeitnehmers entfallen soll. Damit dürfte auch die in der Literatur zum Teil diskutierte Frage, dass sich die Solidarhaftung des Erwerbers nicht primär auf Art. 333 Abs. 3 OR, sondern auf Art. 333 Abs. 1 OR stütze (STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, Art. 333 N 7 S. 836; BSK OR I-PORTMANN, Art. 333 N 11 und N 34; WILDHABER, a. O., 442), hinfällig werden.

Wenn das neue Recht in Kraft tritt – womit mit grosser Wahrscheinlichkeit zu rechnen ist –, wird die mit dem hier besprochenen Urteil eingeleitete Praxis des Bundesgerichts nur noch für altrechtliche Fälle massgebend sein, d. h. für Fälle, bei denen das Gesuch um Nachlassstundung vor Inkrafttreten des neuen Rechts eingereicht wurde (vgl. dazu die Übergangsbestimmung in der Gesetzesnovelle, BBl 2013, 4758).

Mit dem Inkrafttreten des neuen Rechts werden auch die oben skizzierten und weitere offene Fragen (Anwendung von Art. 333 OR

im Konkurs; Anwendung von Art. 333 OR beim Nachlassvertrag mit Vermögensabtretung; Solidarhaftung des Erwerbers bei einem Betriebsübergang in der Nachlassstundung) geklärt. Diese Lücken werden nur noch für altrechtliche Fälle theoretisch von Bedeutung sein. Praktisch wird man aber wohl mit hoher Wahrscheinlichkeit davon ausgehen können, dass das Bundesgericht gegebenenfalls altrechtliche Fälle im Sinne des neuen Rechts entscheiden, *diesem also gleichsam Vorwirkung zugestehen wird* (so tendenziell bereits BGE 129 III 335 E. 7 S. 352 und dazu Th. KOLLER, a. a. O., ZBJV 2004, 534).

Bemerkenswert am hier besprochenen Urteil mag sodann – soweit die Erwägungen zu Art. 333 OR betroffen sind – noch ein weiterer Punkt sein. Mit dem heute geltenden Art. 333 OR hat der Gesetzgeber 1993 EU-Recht autonom nachvollzogen. Bei der Auslegung dieser Bestimmung hat daher das Bundesgericht immer auch das entsprechende EU-Recht mitberücksichtigt (sogenannte «europarechtskonforme Auslegung» [dazu grundlegend etwa BK-EMMENEGGER/TSCHENTSCHER, Art. 1 ZGB N 300 ff.]), konkret die 1993 geltende Richtlinie 77/187 des EWG-Rates vom 14. Februar 1977 (ABl. L 61 vom 5. März 1977, 26 ff.), aber auch die später diese Richtlinie ersetzende Richtlinie 2001/23/EG vom März 2001 (ABl. L 82 vom 22. März 2001, 16 ff.; siehe dazu besonders BGE 129 III 335 E. 6 S. 350 ff.). In casu nimmt das Bundesgericht nur noch Bezug auf die neuere (also nach Art. 333 OR erlassene) Richtlinie (BGE 137 III 487 E. 4.6 S. 495 f.). *Damit scheint das Bundesgericht seine Tendenz zu einer «dynamischen Harmonisierung»* (ERNST A. KRAMER, Juristische Methodenlehre, 3. Aufl. Bern/München/Wien 2010, 300; siehe auch BK-EMMENEGGER/TSCHENTSCHER, Art. 1 ZGB N 302) fortzusetzen.

Sodann hatte das Bundesgericht zu klären, für welchen Zeitraum die Haftung der Swissair als alter Arbeitgeberin nach dem Betriebsübergang andauerte. Aufgrund einer Auslegung der massgebenden Bestimmungen des GAV kam das Bundesgericht übereinstimmend mit dem Liquidator und den Vorinstanzen (aber anders als der Beschwerdeführer) zur Auffassung, dass der Arbeitsvertrag mit X unter Einhaltung einer Frist von sechs Monaten auf Ende September 2002 hätte gekündigt werden können und dass daher dem Beschwerdeführer gegen die Swissair für die Zeit ab 1. Oktober 2002 keine Ansprüche mehr zustünden (BGE 137 III 487 E. 6 S. 498 ff.).

Als Letztes musste das Bundesgericht noch über das Eventualbegehren des Beschwerdeführers auf Ausrichtung einer Abfindung in

Höhe eines Jahressalärs befinden. Auch diesem Beghären war kein Erfolg beschieden. Das Arbeitsverhältnis war am 31. März 2002 – in gekündigtem Zustand – auf die Swiss übergegangen. Mit dem angeschlossen zwischen der Swiss und X geschlossenen Vertrag wurde nach Auffassung des Bundesgerichts *die Kündigung einvernehmlich rückgängig gemacht und damit das bisherige Arbeitsverhältnis, wenn auch zu anderen Konditionen, weitergeführt*, also nicht (im engeren Sinne) ein neues Arbeitsverhältnis begründet. Mangels Beendigung des Arbeitsverhältnisses stand somit dem Beschwerdeführer keine Abfindung zu (BGE 137 III 487 E. 7 S. 501 f.). Hier nur war die (vom Bundesgericht weiter vorn beurteilte) Frage entscheidend, ob bei einer Betriebsübertragung in der Nachlassstundung die Arbeitsverhältnisse auf den neuen Arbeitgeber übergehen oder nicht. Hätte das Bundesgericht diese Frage anders entschieden, so hätte der zwischen der Swiss und X geschlossene Vertrag auf keinen Fall als Fortsetzung des bisherigen Arbeitsvertrages interpretiert werden können. Eine andere Frage ist es, ob es richtig war, in casu von einer Weiterführung des bisherigen Arbeitsvertrages zu sprechen. Immerhin erscheint es als zweifelhaft, ob man von einer einverständlichen Rücknahme einer ausgesprochenen Kündigung sprechen kann, wenn der Betriebsübernehmer mit dem Arbeitnehmer auf den Zeitpunkt des Betriebsübergangs (also ohne Einhaltung der Frist für eine Änderungskündigung) einen neuen Vertrag zu schlechteren Bedingungen schliesst. Ob zumindest das Ergebnis in casu vertretbar ist, lässt sich aufgrund der lückenhaften Angaben im Sachverhalt des Urteils nicht beurteilen. Die Vorinstanz hatte überzeugend erwogen, die im GAV vorgesehene Abfindung bezwecke, das Risiko des Betroffenen abzugelten, *falls dieser nach einer Kündigung nicht sogleich oder keinen neuen gleichwertigen Vertrag abschliessen könne* (BGE 137 III 487 E. 7.1 S. 501). Das hätte im Grunde eine Prüfung der Frage verlangt, ob der neue Vertrag mit dem alten gleichwertig war. Dazu fehlen aber jegliche Erwägungen. Immerhin scheint die Lohndifferenz mehr als Fr. 600.– pro Monat betragen zu haben. Ob damit von Gleichwertigkeit gesprochen werden kann, ist fraglich.

Zum Schluss noch ein Hinweis: Betriebsübertragungen bieten nicht nur an den Schnittstellen zum Insolvenzrecht interessante Probleme, *sondern auch an den Schnittstellen zu anderen Teilrechtsordnungen, wie z. B. dem Berufsvorsorgerecht*. Ein schönes Beispiel dafür findet sich in BGE 137 V 463 (9C_540/2010).

III. Massenentlassung; Mindestbetriebsgrösse; kein «Durchgriff» im Konzern (Art. 335d ff. OR)

BGE 137 III 27 (4A_449/2010) = Pra 2011 Nr. 62 S. 445 ff.

Die in der Luxusuhrenbranche tätige Gruppe G (Groupe Franck Muller Watchland SA) besteht aus sechs Aktiengesellschaften. Aufgrund wirtschaftlicher Schwierigkeiten führte die Gruppe in den Monaten April und Juni 2009 zwei Massenentlassungsverfahren gemäss Art. 335d ff. OR durch, wobei im ersten Verfahren Entlassungen in zwei Konzerngesellschaften und im zweiten Verfahren Entlassungen in allen sechs Konzerngesellschaften ausgesprochen wurden. Im Anschluss an die zweite Massenentlassung klagte die involvierte Gewerkschaft bei der Chambre des relations collectives de travail du canton de Genève gestützt auf Art. 15 des Bundesgesetzes über die Information und Mitsprache der Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer in den Betrieben vom 17. Dezember 1993 (Mitwirkungsgesetz; SR 822.14) gegen alle sechs Gruppengesellschaften auf Feststellung, dass die beiden Massenentlassungsverfahren nicht korrekt durchgeführt worden seien. Das Genfer Gericht hatte diese Klage mit Entscheid vom 15. Juni 2010 im Wesentlichen gutgeheissen. Gegen dieses Urteil erhoben die sechs Gruppengesellschaften Beschwerde in Zivilsachen. Das Bundesgericht hiess die Beschwerde von zwei Gruppengesellschaften gut und wies demgemäss die Feststellungsklage der Gewerkschaft gegen diese Gesellschaften ab, während es die Beschwerde der andern vier Gruppengesellschaften abwies (siehe dazu die Kurzhinweise bei THOMAS GABATHULER/IRÈNE SPRIG, plädoyer 3/11, 53 ff., 55, THOMAS GEISER, AJP 2012, 111 ff., 114 f., und THOMAS GEISER/BENEDIKT HÄFLIGER, SJZ 2012, 351 ff., 353).

Die zwei obsiegenden Gruppengesellschaften verfügten vor der zweiten Entlassungswelle bloss über sechs bzw. 15 Arbeitnehmer, die andern vier Gesellschaften dagegen je über mehr als 20 Angestellte. Gemäss Art. 335d Ziff. 1 OR gelten Kündigungen als Massenentlassung, die der Arbeitgeber innert 30 Tagen in einem Betrieb aus Grünungen ausspricht, die in keinem Zusammenhang mit der Person des Arbeitnehmers stehen und von denen mindestens 10 Arbeitnehmer in Betrieben betroffen sind, *die in der Regel mehr als 20 und weniger als 100 Arbeitnehmer beschäftigen*. Art. 335d Ziff. 2 und 3 OR regeln

demgegenüber Massenentlassungen in Betrieben mit mindestens 100 bzw. 300 Arbeitnehmern. Das Bundesgericht leitete aus diesen Bestimmungen unter Berufung auf deren Entstehungsgeschichte sowie auf die herrschende Lehre in einem ersten Schritt ab, *dass die Regeln über das Verfahren bei einer Massenentlassung auf Betriebe mit weniger als 21 Arbeitnehmern keine Anwendung finden* (BGE 137 III 27 E. 3.2 S. 30).

In einem zweiten Schritt setzte sich das Bundesgericht mit der *massgebenden Bezugsgrösse* auseinander. Art. 335d Ziff. 1 bis 3 OR sprechen von «Betrieben» («établissements»; «stabilimenti»). Gemäss Lehre, der sich das Bundesgericht anschloss, ist unter einem Betrieb eine organisierte Einheit zu verstehen, die über Personal sowie materielle und immaterielle Güter verfügt, welche die Erfüllung eines arbeitstechnischen Zwecks erlauben. Ein Unternehmen kann mehrere Betriebe in diesem Sinn aufweisen. Ob eine Massenentlassung gemäss Art. 335d OR vorliegt, beurteilt sich diesfalls nach jedem Betrieb getrennt und nicht im Hinblick auf das Unternehmen als Ganzes. Gewisse Autoren wollen allerdings von dieser Regel eine Ausnahme machen, wenn die Betriebe (geografisch) nahe beieinander liegen, sodass von einem einheitlichen Standort gesprochen werden kann (BGE 137 III 27 E. 3.2 S. 31, m. Nw.). Selbst wenn man aber – so das Bundesgericht – dieser Auffassung folgen wollte, würde das im vorliegenden Fall nicht helfen. Denn die Beschwerdeführerinnen, welche die Gruppe G bilden, seien eigenständige Aktiengesellschaften, und jede Gesellschaft sei Arbeitgeberin ihrer Mitarbeiter. Unter diesen Umständen sei es nicht möglich, die Gruppe als Bezugsgrösse für die Frage zu nehmen, ob eine Massenentlassung vorliege. *Jede Gruppengesellschaft müsse für sich betrachtet werden*. Die gegenteilige Auffassung der Vorinstanz verletze daher Bundesrecht (BGE 137 III 27 E. 3.3 S. 31).

Die Vorinstanz hatte ihren Entscheid (auch) auf Art. 2 des Genfer Réglement d'application de la loi concernant la Chambre des relations collectives de travail (RCRCT) vom 7. Juli 1999 gestützt. Gemäss Abs. 1 dieser Bestimmung wird eine Streitigkeit als kollektivarbeitserechtlich betrachtet, wenn wenigstens sechs Arbeitnehmer direkt betroffen sind, wobei nach Abs. 2 bei wichtigen Gründen gar von dieser Regel abgewichen werden kann. Die Anwendung kantonalen Rechts war hier indessen nicht angängig, weil damit der Grundsatz des Vorrangs des Bundesrechts (Art. 49 BV) verletzt wurde (BGE 137 III 27 E. 3.3 S. 32).

Gegen den Standpunkt des Bundesgerichts, das Verfahren bei einer Massenentlassung finde auf Betriebe mit weniger als 21 Arbeitnehmern keine Anwendung, ist – zumindest dem Grundsatz nach – nichts einzuwenden, erwähnt doch Art. 335d OR ausdrücklich bloss Betriebe mit mehr als 20 Angestellten (gl. M. STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, Art. 335d N 7; a. M. vor BGE 137 III 27 BRUNNER/BÜHLER/WAEBER/BRUCHEZ, Art. 335d N 3). Ganz präzise ist der Entscheid in diesem Punkt allerdings nicht. Art. 335 d Ziff. 1 OR spricht von Betrieben, die «in der Regel mehr als 20 ... Arbeitnehmer beschäftigen». Bei schwankender Betriebsgrösse ist hier eine Durchschnittsberechnung erforderlich, die nicht unbedingt zu einer ganzen Zahl führen muss. Für die Anwendung der Bestimmungen über die Massenentlassung muss es diesfalls genügen, dass diese Durchschnittszahl über 20 liegt (STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, Art. 335d N 7). Darüber war in casu jedoch nicht zu befinden.

Heikler zu beurteilen ist die Frage, ob es sachgerecht ist, Gruppengesellschaften bei Massenentlassungen nicht als Ganzes zu betrachten. Die Auffassung des Bundesgerichts hat den Vorteil der Einfachheit und Klarheit für sich. Zudem fügt sie sich relativ harmonisch in das schweizerische Gesellschaftsrecht ein, *das eine Konzernrechtliche Betrachtungsweise nur in Ausnahmefällen kennt* (so etwa im Rechnungslegungsrecht [Art. 663e OR]; vgl. zum schweizerischen Konzernrecht insgesamt etwa ROLAND VON BÜREN/WALTER A. STOFFEL/ROLF H. WEBER, Grundriss des Aktienrechts, 3. Aufl. Zürich/Basel/Genf 2011, N 1552 ff.). Im Gegenzug wirkt die Begründung des Bundesgerichts allerdings ziemlich formal (ähnlich GEISER, a. O., 115, und GEISER/HÄFLIGER, a. O., 353). Die vom Bundesgericht vertretene Auffassung kann zu einem fragwürdigen Ergebnis führen, wie der vorliegende Fall zeigt: Die verschiedenen Gruppengesellschaften werden gemeinsam verwaltet und arbeiten am gleichen Standort eng zusammen. Zudem wurde der Entscheid zur Umstrukturierung offenbar auf Konzernebene gefällt. Unter diesen Umständen wäre im Grunde eine Gesamtbetrachtung, wie sie die Vorinstanz vorgenommen hat, sachgerechter (im gleichen Sinne wohl COMMENTAIRE STÄMPFLI-BRUCHEZ, Art. 335d N 12 in fine). Da der Begriff «Betrieb» in Art. 335d OR nicht an eine bestimmte Rechtsform anknüpft, sondern wie dargelegt wirtschaftlich zu verstehen ist, wäre eine solche «gesellschaftsübergreifende» Betrachtungsweise mit dem Gesetzeswortlaut ohne Weiteres vereinbar.

In der nicht amtlich publizierten E. 5 des Urteils legte das Bundesgericht (in Übereinstimmung mit der Vorinstanz) dar, inwiefern die übrigen vier Gruppengesellschaften, die Art. 335d ff. OR unterliegen, das Massenentlassungsverfahren nicht korrekt durchgeführt haben. *Massenentlassungen fordern eine Zusammenarbeit zwischen dem Arbeitgeber einerseits und der Arbeitnehmervertretung bzw. den Arbeitnehmern andererseits, die auf dem Prinzip von Treu und Glauben beruht und ernsthaft zu führen ist.* Der Arbeitgeber hat die Vorschläge der Arbeitnehmer zu prüfen und darf das Verfahren nicht bloss formell in Gang setzen, obwohl für ihn bereits feststeht, dass er auf Vorschläge der Gegenseite nicht eintreten wird (E. 5.2, m. Hw.; siehe dazu auch BGE 137 III 162 [unten Ziff. IV.]). Da die Arbeitgeber (bzw. eben die Konzernleitung!) im vorliegenden Fall im Wesentlichen bereits alles entschieden hatten, bevor sie das Massenentlassungsverfahren einleiteten, versties sie sie klar gegen diesen Grundsatz (E. 5.3 und E. 5.4). Daher war die Beschwerde dieser vier Gruppengesellschaften abzuweisen.

Nicht zu befinden war im Rahmen dieser Feststellungsklage der Gewerkschaft über das Schicksal der Kündigungen dieser vier Gruppengesellschaften. Der Fall ist jedoch klar: Diese Kündigungen sind zwar wirksam, aber missbräuchlich (Art. 336 Abs. 2 lit. c OR; STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, Art. 336 N 13; vgl. dazu auch BGE 137 III 162 E. 1.2 S. 165 [siehe unten Ziff. IV.] sowie 123 III 176 E. 4b S. 181 f.). Ob die betroffenen Arbeitnehmer ihre Ansprüche auf eine Entschädigung bis zu zwei Monatslöhnen (Art. 336a Abs. 3 OR) fristgerecht geltend gemacht haben (Art. 336b OR), ist mir nicht bekannt.

IV. Massenentlassung; zweckdienliche Auskünfte (Art. 335f OR)

BGE 137 III 162 (4A_483/2010)

Da die A AG (d. h. die Borregaard AG in Riedholz SO [Beschwerdegegnerin]) beabsichtigte, ihren Betrieb in L aus wirtschaftlichen Gründen zu schliessen, eröffnete sie am 26. September 2008 gegenüber der Arbeitnehmervertretung, darunter die Gewerkschaft X (d. h. die Unia [Beschwerdeführerin]), das Konsultationsverfahren

nach Art. 335f OR (vgl. zu den Namen der Prozessbeteiligten Jurius, in Jusletter vom 4. April 2011, sowie STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, Art. 335f N 5). In ihrem Brief beschrieb sie unter anderem die Modalitäten der beabsichtigten Betriebsabschliessung, erklärte sich bereit, an einer Sitzung mit den Sozialpartnern weitere zweckdienliche Auskünfte zu erteilen, und setzte das Ende der Konsultationsfrist auf den 24. Oktober 2008 fest. Auf Arbeitnehmerseite fand erst am 7. Oktober 2008 eine Auftaktsitzung statt. Am 8. Oktober 2008 legte die von den Arbeitnehmern gebildete Verhandlungsgemeinschaft ihre Fragen in Schriftform vor. Die A AG verlangte zuerst, die Verhandlungsgemeinschaft müsse eine Geheimhaltungserklärung unterzeichnen, und wollte ihre Antworten zunächst nur mündlich geben. Am Abend des 20. Oktober 2008 beantwortete sie dann aber alle gestellten Fragen schriftlich, teilweise allerdings nicht sehr aussagekräftig. In der Folge nahm sie mit Interessenten, welche die Verhandlungsgemeinschaft benannt hatten, Übernahmeverhandlungen auf. Eine Lösung aber wurde nicht gefunden.

Da die Gewerkschaft X der Auffassung war, die A AG habe die Mitwirkungsrechte der Arbeitnehmervertretung gemäss Art. 10 lit. c des Bundesgesetzes über die Information und Mitsprache der Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer in den Betrieben vom 17. Dezember 1993 (Mitwirkungsgesetz; SR 822.14) in Verbindung mit Art. 335f OR verletzt, erhob sie eine entsprechende Feststellungsklage, der jedoch sowohl vor den kantonalen Instanzen wie auch vor Bundesgericht kein Erfolg beschieden war (vgl. dazu die Kurzhinweise bei THOMAS GEISER, AJP 2012, 111 ff., 115. THOMAS GEISER/BENEDIKT HÄFLIGER, SJZ 2012, 351 ff., 353 f., STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, Art. 335f N 5, und PORTMANN/STRÖCKLI, Rz. 738 f., sowie die ausführliche Besprechung des vorinstanzlichen Urteils und des Bundesgerichtsurteils von LAURA WIDMER/MATTHEW REITER, AJP 2011, 1103 ff.).

Gemäss Art. 335f Abs. 3 OR hat der Arbeitgeber der Arbeitnehmervertretung bestimmte (dort aufgeführte) Informationen schriftlich zu liefern und darüber hinaus alle zweckdienlichen Auskünfte zu erteilen. Vor Bundesgericht hat die Beschwerdeführerin nicht mehr substantiiert bestritten, dass die Beschwerdegegnerin die in Art. 335f Abs. 3 OR konkret aufgeführten Informationen in ihrem Schreiben vom 26. September 2008 geliefert hatte. Im Zentrum des Verfahrens stand nur noch die Frage, welche weiteren Auskünfte zweckdienlich im Sinne dieser Bestimmung sind.

Die Gewerkschaft X vertrat die Auffassung, sämtliche Informationen würden davon erfasst, die für die Arbeitnehmervertretung für die Erarbeitung von Vorschlägen, wie die Kündigungen vermieden oder deren Zahl beschränkt sowie ihre Folgen gemildert werden könnten (Art. 335f Abs. 2 OR), eventuell hilfreich sein könnten. Die Zweckdienlichkeit der erbetenen Auskünfte sei zukunftsorientiert offen zu beurteilen, nicht ex post anhand der konkreten Vorschläge, welche die Verhandlungsgemeinschaft schliesslich präsentiert habe. Teilweise gab das Bundesgericht der Auffassung der Gewerkschaft Recht. Die Zweckdienlichkeit der dem Arbeitgeber unterbreiteten Fragen könne nicht allein mit Blick auf die dem Arbeitgeber tatsächlich vorgeschlagenen Projekte beurteilt werden. Gerade Informationen, die sich für die Ausarbeitung von zusätzlichen Vorschlägen als notwendig erweisen würden, seien zweckdienlich. Entgegen der Auffassung der Beschwerdeführerin könne aber für die Annahme einer Verletzung der Mitwirkungsrechte und für die Missbräuchlichkeit der Kündigung nicht genügen, dass nicht oder nicht hinreichend beantwortete Fragen ex ante betrachtet theoretisch hätten zweckdienlich sein können. Das Feld der Informationen, die ex ante betrachtet theoretisch einmal zweckdienlich sein könnten, sei praktisch unbegrenzt. Stelle sich im Nachhinein heraus, dass die nachgesuchte Auskunft den Arbeitnehmern im konkreten Fall nicht erlaubt hätte, andere oder verbesserte Lösungen vorzuschlagen, seien die Möglichkeiten, Alternativlösungen zu suchen, durch das Vorenthalten der Information nicht beeinträchtigt und die Mitwirkungsrechte der Arbeitnehmer im Ergebnis nicht verletzt worden. Werde der Arbeitgeber wahllos mit allen Fragen überhäuft, die ex ante betrachtet für die Ausarbeitung von Projekten theoretisch hilfreich sein könnten, verursache dies unnötigen Aufwand und könne zu Verzögerungen bei der Ertelung der Auskünfte führen. Ein Verhalten nach Treu und Glauben gebiete vielmehr, sich zunächst auf die für die Auswahl Erfolg versprechender Projekte notwendigen Informationen zu konzentrieren und nur diejenigen Zusatzauskünfte zu verlangen, die für die Ausarbeitung dieser Projekte konkret benötigt würden (BGE 137 III 162 E. 2.1.1 S. 166 f.). Zur Begründung einer Verletzung der Mitwirkungsrechte zufolge mangelhafter Auskunftserteilung, soweit diese über die obligatorische gemäss Art. 335f Abs. 3 lit. a-d OR hinausreiche, sei es daher unerlässlich, aufzuzeigen, inwiefern die verlangten Informationen konkret zur Ausarbeitung weiterer oder zur Verbesserung bestehender Vorschläge hätten dienen

können. Das habe die Beschwerdeführerin unterlassen, weshalb sie keine Bundesreschungsverletzung der Vorinstanz aufzuzeigen vermöge (BGE 137 III 162 E. 2.1.1 S. 167).

In der Folge setzte sich das Bundesgericht mit weiteren Vorbringen der Beschwerdeführerin auseinander, so insbesondere mit dem Einwand, die (angeblich ungenügende) schriftliche Information sei sehr spät erfolgt. Dem hielt das Bundesgericht entgegen, dass bis zur ersten Sitzung der Verhandlungsgemeinschaft elf Tage verstrichen waren und dass die Verhandlungsgemeinschaft selber durch ihr nachfolgendes Verhalten nicht zu einer speditiven Behandlung der Fragen beigetragen habe. Ausschlaggebend sei indessen, dass nach den Feststellungen der Vorinstanz aufgrund der grossen Spezialisierung des zu schliessenden Betriebes realistischweise keine anderen Vorschläge oder Übernahmekandidaten als die der Beschwerdegegnerin schliesslich unterbreiteten in Betracht gekommen seien. Diese habe die Beschwerdegegnerin aber ausnahmslos geprüft. Es sei nicht festgestellt und auch nicht behauptet, dass eine Übernahme an der mangelnden Kooperation der Beschwerdegegnerin gescheitert sei (BGE 137 III 162 E. 2.3. S. 168 f.).

Eine korrekte Durchführung des Verfahrens nach Art. 335d OR ff. ist nicht nur für die Arbeitnehmer, sondern auch für den Arbeitgeber von grosser Bedeutung. Führt dieser das Verfahren zwar durch, aber nicht vorschriftsgemäss, so sind die vom Arbeitgeber ausgesprochenen Kündigungen missbräuchlich (Art. 336 Abs. 2 lit. d OR; BGE 137 III 162 E. 1.2 S. 165; 123 III 176 E. 4b S. 181 f.; PORTMANN/STÖCKLI, Rz. 739; siehe auch oben Ziff. III.). Jeder betroffene Arbeitnehmer hat dann das Recht, eine Rechtsverletzungsbusse in der Höhe von bis zu zwei Monatslöhnen zu verlangen (Art. 336a Abs. 3 OR). Bei einer grossen Zahl von Entlassungen kann das für den Arbeitgeber eine beträchtliche Summe ausmachen. Daher ist es (auch und gerade) für Arbeitgeber wichtig, zu wissen, welche Pflichten im Rahmen eines solchen Massenentlassungsverfahrens zu berücksichtigen sind (vgl. dazu auch die Hinweise bei STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, Art. 336 N 13). Diese konkret festzulegen, ist im Hinblick darauf, dass das Massenentlassungsverfahren in Art. 335d ff. OR nur rudimentär geregelt ist, nicht ganz einfach (einschliesslich zum Verfahren etwa COMMENTAIRE STÄMPFLI-BRUCHEZ/DONATIello, Art. 335f N 9 ff.). Das hier diskutierte Urteil ist in diesem Zusammenhang zu sehen.

Ausgangspunkt aller Überlegungen muss der Zweck des in Art. 335d ff. OR normierten Verfahrens sein. Den Arbeitnehmern bzw. ihrer Vertretung soll das Verfahren (zumindest) ermöglichen, dem Arbeitgeber Vorschläge zu unterbreiten, wie die Kündigungen vermieden oder deren Zahl beschränkt sowie ihre Folgen gemildert werden können (Art. 335f Abs. 3 OR). Dieser Zweck kann nur erreicht werden, wenn das Konsultationsrecht der Arbeitnehmer bzw. ihrer Vertretung als *eigenliches Mitspracherecht und nicht bloss als Anhörungsrecht aufgefasst wird* (WIDMER/REITER, a. a. O., 1103; PORTMANN/STÖCKLI, Rz. 739; einlässlich dazu STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, Art. 335f N 3, m. Nw. und spez. auch m. Hw. auf abweichende Meinungen in der Lehre). Zumindest indirekt ergibt sich dies nun auch aus dem hier besprochenen Entscheid, indem das Bundesgericht unter Berufung auf seine frühere Rechtsprechung bestätigt, dass die Arbeitnehmer die Möglichkeit haben sollen, den Arbeitgeber zu veranlassen, von ihnen vorgeschlagene Massnahmen zu prüfen, bevor sich dieser endgültig zu einer Massenentlassung entschliesst, und dass die Konsultation so frühzeitig einzuleiten ist, dass sie abgeschlossen werden kann, bevor er sich endgültig entscheidet, ob und in welcher Form er die in Aussicht genommene Massenentlassung vornimmt (BGE 137 III 162 E. 1.1 S. 164, unter Berufung auf 123 III 176 E. 4a S. 180 f.; siehe auch 130 III 102 E. 4.2 S. 109 f. sowie oben Ziff. III.). Zwar ist – so das Bundesgericht – der Arbeitgeber nicht verpflichtet, die Lösungsvorschläge der Arbeitnehmer zu verwirklichen, aber er ist auf jeden Fall gehalten, die *Lösungsvorschläge seriös zu prüfen und mit den Arbeitnehmern bzw. ihrer Vertretung basierend auf dem Grundsatz von Treu und Glauben zusammenzuarbeiten* (BGE 137 III 162 E. 1.1 S. 164, m. Nw.). Sinnvoll ausüben können die Arbeitnehmer dieses Mitspracherecht nur, wenn sie über hinreichende Informationen über die Hintergründe der vom Arbeitgeber ins Auge gefassten Massenentlassung verfügen und wenn ihnen eine angemessene lange Konsultationsfrist eingeräumt wird. Das gilt es beim Entscheid über die Fragen zu beachten, was – über die in Art. 335f Abs. 4 lit. a–d OR konkret aufgeführten (Mindest-)Informationen hinaus – als «zweckdienliche Auskünfte» zu gelten hat und wie lange die Konsultationsfrist dauern soll (ähnlich GEISER, a. a. O., 115, sowie GEISER/HÄFLIGER, a. a. O., 354). Selbstverständlich sind dabei aber auch die Interessen des Arbeitgebers – wie z. B. Geheimhaltungsinteressen, das Interesse an einer zügigen Durchführung des Verfahrens,

das Interesse an einer vernünftigen Begrenzung des mit der Auskunftserteilung verbundenen Aufwandes – zu berücksichtigen.

Eine solche Interessenabwägung hat das Bundesgericht im besprochenen Urteil vorgenommen, und zwar soweit ersichtlich in sachlich auf jeden Fall vertretbarem Rahmen (so auch WIDMER/REITER, a. a. O., mit einlässlicher Begründung unter Bezugnahme auf das vorinstanzliche Urteil). Immerhin scheint das Begehren der Beschwerde führenden Gewerkschaft um weitere Auskünfte doch recht «ausufernd» gewesen zu sein. Ob aus diesem Urteil für andere Fälle viel abgeleitet werden kann, mag allerdings fraglich sein. Der zu schliessende Betrieb wies – als Zellulosefabrik (vormals Cellulose Attisholz AG, dann Borregaard AG) – offenbar eine grosse Spezialisierung auf, sodass im Rahmen des Konsultationsverfahrens nicht sehr viele realistische Vorschläge i. S. v. Art. 335f Abs. 3 OR möglich waren (BGE 137 III 162 E. 2.3 S. 168 f.). In solchen Situationen ist das Mitspracherecht der Arbeitnehmer im Massenentlassungsverfahren naturgemäss bloss von geringem Wert. So verloren 440 Mitarbeiter ihren Arbeitsplatz, und es entstand eine der grössten Industriebrachen der Schweiz, die gemäss Medienmitteilungen jedenfalls im Januar 2013 immer noch ungenutzt blieb.

V. Gemeinsame Durchführung eines Gesamtarbeitsvertrages; Konventionalstrafe; Aktivlegitimation eines GAV-Kontrollorgans (Art. 357b OR)

BGE 137 III 556 (4A_301/2011)

Erneut hatte sich das Bundesgericht mit der Frage der *Aktivlegitimation eines Vereins* zu befassen, welcher Ansprüche aus einem allgemein verbindlich erklärten Gesamtarbeitsvertrag (GAV) gegen einen Arbeitgeber geltend machte, der selber nicht Partei des GAV ist (vgl. zu diesem Problemkreis schon BGE 134 III 541 und dazu THOMAS KOLLER/MICHAEL S. GRABER, ZBJV 2010, 1082 ff., 1106 ff.). In diesem Fall ging es um die Paritätische Berufskommission Bauhauptgewerbe X (Beschwerdegegnerin), die bei K (Beschwerdeführer), einem Einzelunternehmer im Bereich der Ausführung von Armierungsarbeiten, eine Lohnkontrolle durchgeführt hatte. Weil im Rahmen die-

ser Kontrolle diverse Verletzungen gesamtarbeitsvertraglicher Bestimmungen festgestellt worden waren, auferlegte die Paritätische Berufskommission dem Beschwerdeführer gestützt auf den Landesmantelvertrag für das Bauhauptgewerbe (LMV/2005) die Kosten für die externe Kontrolle von Fr. 15 365.30, eigene Verfahrenskosten von Fr. 2 120.– sowie eine Konventionalstrafe von Fr. 110 000.–. Da K nicht zahlte, verlangte die Paritätische Berufskommission mit Zivilklage den Betrag von Fr. 127 485.30 nebst Zins. Zugesprochen wurden ihr – zweitinstanzlich vom Kantonsgericht St. Gallen – Fr. 52 485.30 nebst Zins, davon Fr. 35 000.– als Konventionalstrafe. Mit seiner Beschwerde in Zivilsachen blieb Arbeitgeber K vor Bundesgericht ohne Erfolg (vgl. zu diesem Urteil die Kurzhinweise bei THOMAS GEISER/BENEDIKT HÄFLIGER, SJZ 2012, 351 ff., 354, und bei STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, Art. 357b N 5 S. 1492 in der Mitte).

Zur Hauptsache bestritt der Beschwerdeführer die Aktivlegitimation der Paritätischen Berufskommission. Das Kantonsgericht St. Gallen hatte die Aktivlegitimation mit ausführllicher Begründung bejaht (siehe dazu das im ersten innerkantonalen Rechtsgang erlassene Urteil vom 20. Januar 2009 in JAR 2010, 555 ff.).

Das Bundesgericht seinerseits liess diese Frage offen. Gemäss Art. 76 Abs. 1 LMV/2005 bestellen – so das Bundesgericht – die Vertragsparteien des lokalen GAV eine lokale Paritätische Berufskommission in der Rechtsform eines Vereins, die ausdrücklich ermächtigt ist, den LMV während seiner Gültigkeit i. S. v. Art. 357b OR zu vollziehen. Der lokalen Paritätischen Berufskommission würden nach Art. 76 Abs. 3 lit. b LMV/2005 insbesondere die Durchführung von gemeinsamen Lohnkontrollen und Untersuchungen über die Arbeitsverhältnisse im Betrieb obliegen. Unter dem Titel Sanktionen halte Art. 79 Abs. 2 LMV/2005 fest, die Paritätische Berufskommission sei berechtigt, eine Konventionalstrafe bis zu Fr. 50 000.– zu verhängen, wobei in Fällen vorenthaltener geldwerter Ansprüche die Konventionalstrafe bis zur Höhe der geschuldeten Leistung gehen dürfe (BGE 137 III 556 E. 4.1 S. 558 f.).

Die Frage, ob es zulässig sei, den Anspruch auf eine Konventionalstrafe (in einem GAV) an die Paritätische Berufskommission abzutreten oder ihr zumindest das Recht einzuräumen, diesen *im Rahmen einer Prozessstandschaft im eigenen Namen gerichtlich durchzusetzen*, werde in Lehre und Rechtsprechung unterschiedlich beantwortet. Sie stelle sich aber nur, wenn gemäss GAV der Paritäts-

schen Berufungskommission entsprechende Kompetenzen zugewiesen werden sollen. Ob dies hier der Fall sei, scheint zweifelhaft (BGE 137 III 556 E. 4.5 S. 560). Zwar sei die Paritätische Berufungskommission ausdrücklich zum Vollzug des LMV ermächtigt (Art. 76 Abs. 1 LMV/2005). Aber sie habe die arbeitsvertraglichen Bestimmungen des LMV *auftrags und namens der LMV-Vertragsparteien* durchzusetzen (Art. 76 Abs. 3 lit. a LMV/2005). Gemäss Auffassung der Vorinstanz, der sich das Bundesgericht anschloss, ist der Wortlaut des LMV unklar, d. h., dem LMV lässt sich, wenn man die weiteren massgebenden Bestimmungen mitberücksichtigt, nicht eindeutig entnehmen, ob die Paritätische Berufungskommission die infrage stehenden Ansprüche im eigenen Namen oder im Namen der LMV-Vertragsparteien geltend machen muss (BGE 137 III 556 E. 4.5.1 und E. 4.5.2 S. 561).

Diese Frage brauche indessen – so das Bundesgericht weiter – nicht abschliessend behandelt zu werden. Aus Art. 79 Abs. 5 LMV/2005 gehe ausdrücklich hervor, *dass die Konventionalstrafe an die Paritätische Berufungskommission zu bezahlen sei*. Die Vertragsparteien des LMV müssten sich das Verhalten der Beschwerdegegnerin gestützt auf die erteilten Vollmachten entgegenhalten lassen. *Daher könnten sie, auch wenn die Beschwerdegegnerin zu Unrecht im eigenen Namen geklagt haben sollte, vom Beschwerdeführer nicht nochmals Zahlung verlangen*. Entgegen seiner Auffassung würde der Beschwerdeführer durch Zahlung an die Beschwerdegegnerin in jedem Fall befreit. Der Beschwerdeführer zeige nicht auf, inwiefern er unter diesen Umständen ein schützenswertes Interesse an der Klärung der Frage habe, ob der Anspruch formell auf die Beschwerdegegnerin übergegangen sei. Es könne ihm gleichgültig sein, wem der Anspruch im Verhältnis der lokalen Paritätischen Berufungskommission zu den Vertragsparteien des LMV zustehe. *Selbst wenn die Beschwerdegegnerin formell im Namen der LMV-Vertragspartner hätte klagen müssen, erweise sich die Einwendung des Beschwerdeführers als blosser Schikane, um sich der in jedem Fall gegenüber der Beschwerdegegnerin zu erbringenden Zahlung zu entziehen*. Dieses Verhalten verdiene keinen Rechtsschutz (BGE 137 III 556 E. 4.6 S. 561 f. [Hervorhebungen hinzugefügt]).

Mit diesem Ergebnis kann man leben. Das Bundesgericht nimmt gleichsam Rückgriff auf das Institut des *Rechtsmissbrauchs*, ohne allerdings Art. 2 Abs. 2 ZGB zu erwähnen. Es wäre in casu wirklich mehr als fragwürdig gewesen, die Parteien (bildlich gesprochen) auf

Feld 1 zurückzusetzen und den ganzen Prozess – mit anderer Klägenderbezeichnung – von vorn beginnen zu lassen, falls die Aktivlegitimation der Paritätischen Berufungskommission hätte verneint werden müssen, obwohl am Schluss die Zahlung doch an die Klägerin gegangen wäre. Nur: Im Grunde ist es schon erstaunlich, dass eine juristisch derart zentrale Frage wie die Aktivlegitimation einer Paritätischen Berufungskommission, die mit der gemeinsamen Durchführung eines GAV gemäss Art. 357b OR betraut ist, in diesem GAV selbst nicht klar geregelt wird. Das mag seinen Grund darin haben, dass *lange Zeit* (so noch, als der hier massgebende LMV/2005 abgeschlossen wurde) *umstritten war, ob in Vereinsform organisierte GAV-Kontrollorgane überhaupt selber aktivlegitimiert sein können oder ob sie als blosser Vertreter der GAV-Parteien handeln müssen*. Mit BGE 134 III 541 wurde diese Frage nun aber geklärt (dazu einlässlich Th. Koller/GRABER, a. O., 1106 ff.; vgl. auch den Hinweis bei COMMENTAIRE STÄMPFLI-BRUCHEZ, Art. 357b N 15). Allerdings ist für eine eigenständige Klageberechtigung des Kontrollorgans eine hinreichende rechtliche Grundlage im GAV erforderlich (GEISER/HÄFLIGER, a. O., 354). Bei dieser Sachlage wird man erwarten können, dass GAV-Parteien in neuen oder zu überarbeitenden Verträgen nunmehr klar festlegen, ob solche Vereine bei der gemeinsamen Durchführung des GAV Ansprüche im eigenen Namen oder als Stellvertreter geltend machen können. Dabei dürfte – insbesondere wenn viele Parteien an einem GAV beteiligt sind – die formelle «Delegation» dieser Aufgabe an einen Verein als GAV-Kontrollorgan die gemeinsame Durchführung des GAV wesentlich erleichtern (im gleichen Sinn wohl auch COMMENTAIRE STÄMPFLI-BRUCHEZ, Art. 357b N 15).

Im Weiteren hält schliesslich das Bundesgericht unter Berufung auf seine bisherige Rechtsprechung einmal mehr fest, *dass Streitigkeiten über die Auslegung und Anwendung eines GAV als Zivilsachen gelten, und zwar auch dann, wenn ein GAV allgemeinverbindlich erklärt wurde und Ansprüche gegen einen Aussenseiter geltend gemacht werden* (BGE 137 III 556 E. 3 S. 557 f., u. a. unter Hinweis auf die in BGE 134 III 399 nicht publizierte E. 1 [dort m. w. Nw.]). Öffentliches Recht liegt dagegen vor, wenn die Pflicht zur Leistung von Bildungsbeiträgen an Berufsausbildungsfonds gestützt auf Art. 60 Abs. 3 BBG (Berufsbildungsgesetz; SR 412.10) für alle Betriebe einer Branche verbindlich erklärt werden (BGE 137 II 399 E. 1 S. 401 ff.). Das stand hier aber nicht zur Diskussion.

VI. Örtliche Zuständigkeit; Gerichtsstand für arbeitsrechtliche Klagen (Art. 24 GestG [neu Art. 34 ZPO]); Gerichtsstand für deliktische Klagen (Art. 25 GestG [neu Art. 36 ZPO]); objektive Klagenhäufung einerseits und Anspruchs Konkurrenz andererseits (Art. 7 Abs. 2 GestG [neu Art. 15 Abs. 2 ZPO])

BGE 137 III 311 (4A_145/2011) = Pra 2011 Nr. 129 S. 949 ff.

Entschieden hat das Bundesgericht diesen Fall gestützt auf das Gerichtsstandsgesetz (GestG). Seine Ausführungen behalten jedoch unter der Herrschaft der am 1. Januar 2011 in Kraft getretenen ZPO weiterhin ihre Gültigkeit (RÉMY WYLER, JdT 2012 II 198 ff., 214 f.; ansatzweise wohl ebenso FRANÇOIS BOHNET, SZWP/RSPC 2011, 372 f., 372). Daher sei dieses Urteil hier besprochen (vgl. dazu bereits auch CHRISTOPH LEUENBERGER, ZBJV 2013, 233 ff., 237 f.).

X war wohnhaft im Kanton Freiburg und arbeitete bei einer Stiftung im Kanton Neuenburg. Im Anschluss an eine von der Arbeitgeberin nach einem Burn-out des Arbeitnehmers ausgesprochene Kündigung klagte X gegen die Stiftung in seinem Wohnsitzkanton. Dabei machte er einerseits *deliktische Ansprüche* (wegen Persönlichkeitsverletzung), andererseits *arbeitsvertragsrechtliche Ansprüche* geltend. Die beiden kantonalen Instanzen schützten die von der Arbeitgeberin erhobene Einrede der örtlichen Unzuständigkeit, ebenso das Bundesgericht (siehe zu diesem Urteil die Kurzheinweise bei STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, Der Arbeitsprozess, 26, THOMAS GABATHULER/IRÈNE SPIRIG, plädoyer 3/12, 48 ff., 51, und BOHNET, a. a. O.).

Bei deliktischen Ansprüchen steht der klagenden Partei unter anderem die Möglichkeit offen, *an ihrem Wohnsitz* zu klagen (Art. 25 GestG; heute Art. 36 ZPO). Klagen des Arbeitnehmers aus Arbeitsrecht sind demgegenüber an dem Ort anzubringen, *an welchem gewöhnlich die Arbeit verrichtet wird* (Art. 24 Abs. 1 GestG; Art. 34 Abs. 1 ZPO), wobei dieser Gerichtsstand teilzwingend ist, d. h. der Arbeitnehmer kann auf diesen Gerichtsstand nicht zum Voraus oder durch Einlassung verzichten (Art. 21 Abs. 1 GestG; Art. 35 Abs. 1 lit. d ZPO). Macht ein Kläger gegen eine beklagte Partei mehrere Ansprüche geltend, die in einem *sachlichen Zusammenhang* stehen,

so ist jedes Gericht zuständig, das für einen der beiden Ansprüche zuständig ist (Art. 7 Abs. 2 GestG; Art. 15 Abs. 2 ZPO). X hatte die örtliche Zuständigkeit der Gerichte an seinem Wohnsitz mit dem Deliktgerichtsstand begründet und daraus abgeleitet, dass diese Gerichte daher auch für die Beurteilung damit sachlich zusammenhängender arbeitsrechtlicher Ansprüche zuständig seien.

Das Bundesgericht hielt im hier besprochenen Entscheid zunächst fest, dass sich die sozial schwächere Partei bei teilzwingenden Gerichtsständen *grundsätzlich* auf Art. 7 Abs. 2 GestG (Art. 15 Abs. 2 ZPO) berufen könne. Der sozial schwächeren Partei für eine Klage einen zusätzlichen Gerichtsstand einzuräumen, würde Sinn und Zweck von Art. 21 GestG (Art. 35 ZPO) nicht widersprechen. Eine solche Partei würde im Gegenteil im Vergleich zu andern Klägern benachteiligt, wenn ihr diese Wahlmöglichkeit nicht zugestanden würde (BGE 137 III 311 E. 4.2 S. 317). Der sozial als stärker unterstellten Partei (hier der Arbeitgeberin) wäre es im Gegenzug aber versagt, den schwächeren Gegner (hier den Arbeitnehmer) gestützt auf Art. 25 GestG (Art. 36 ZPO) an ihrem Wohnsitz mit der Begründung einzuklagen, sie sei wegen einer (Arbeits-)Vertragsverletzung Opfer eines Delikts geworden (BGE 137 III 311 E. 5.2.1 S. 320).

Sodann prüfte das Bundesgericht, ob *im vorliegenden Fall* die Voraussetzungen von Art. 7 Abs. 2 GestG (Art. 15 Abs. 2 ZPO) erfüllt waren. Dies verneinte das Bundesgericht. Zur Begründung führte es aus, viele Kantone hätten für arbeitsrechtliche Streitigkeiten besondere Gerichte (Arbeitsgerichte) geschaffen. Zudem seien gewisse Streitigkeiten in diesem Bereich dem vereinfachten Verfahren und der sozialen Untersuchungsmaxime unterworfen (Art. 343 Abs. 2 und 4 aOR; heute Art. 243 Abs. 1 und Art. 247 Abs. 2 lit. b Ziff. 2 ZPO). *Daraus lasse sich allgemein* («sur un plan plus général») *der Wille des Gesetzgebers ableiten, den Arbeitsvertrag prozessual speziell und insbesondere einheitlich zu behandeln*. Zudem seien Lehre und bisherige Rechtsprechung vom Bestreben geprägt, arbeitsrechtliche Streitigkeiten insgesamt dem gleichen (speziellen) Gerichtsstand zu unterwerfen, und zwar auch dann, wenn der geltend gemachte Anspruch sowohl vertraglich als auch deliktisch begründet werde, sofern nur die Streitigkeit ihren Ursprung im Arbeitsverhältnis habe. Zudem müsse vermieden werden, dass mithilfe des deliktischen Anspruchs, der oft im Verhältnis zum vertraglichen nur nebensächlich sei, die beklagte Partei vom Kläger *im Sinne eines forum shopping* vor die Gerichte an

seinem Wohnsitz gezogen werde. *Daher sei es sachgerecht, den Arbeitnehmer für seine Klage gegen den Arbeitgeber an den Gerichtsstand für arbeitsrechtliche Klagen zu verweisen, es sei denn, der Arbeitnehmer würde verschiedene Ansprache geltend machen, von denen einer auf einem Delikt beruht, das ausserhalb des Arbeitsverhältnisses begangen worden sei* (BGE 137 III 311 E. 5.2.2 S. 322 f.). In casu würden die Streitigkeiten zwischen den Parteien bloss im Arbeitsverhältnis beruhen, weshalb ausschliesslich die Gerichte am Arbeitsort, d. h. im Kanton Neuenburg, zuständig seien (BGE 137 III 311 E. 5.2.1 S. 323).

Welche Bedeutung dieses Urteil im Prozessrecht insgesamt hat, ist hier nicht zu diskutieren (vgl. dazu etwa die Überlegungen von BOHNET, a. O., 373). Vorliegend ist nur seine Relevanz für das Arbeitsrecht und für weitere Gebiete des sozialen Privatrechts wie z. B. das Mietrecht von Interesse. Materiellrechtlich stand *ein Fall von Anspruchskonkurrenz* (hier zwischen Vertragsrecht und Deliktsrecht) zur Debatte. Ob das Bundesgericht mit diesem Entscheid dem Kläger bei Anspruchskonkurrenz in Fällen ohne teilzwingenden Gerichtsstand gestützt auf Art. 7 Abs. 2 GestG (Art. 15 Abs. 2 ZPO) grundsätzlich die Wahl des Gerichtsstands zugestehen will, soll hier offen bleiben (vgl. dazu etwa BK-ZINGG, Art. 60 ZPO N 44, der die Auffassung vertritt, das Bundesgericht habe auf die Bildung einer allgemeinen Regel verzichtet, sowie BOHNET, a. O., 372, der sich dafür ausspricht, bei der Anspruchskonkurrenz sei für die örtliche Zuständigkeit stets auf die überwiegende Begründung des Anspruchs abzustellen [«... la règle du fondement prépondérant devrait prévaloir en toute hypothèse»]). Klar ergibt sich aber aus dem Urteil – obwohl dies gar nicht zu entscheiden war –, dass die teilzwingenden Gerichtsstände konkurrierende Gerichtsstände verdrängen, wenn die typischerweise sozial stärkere Partei, also der Arbeitgeber, der Vermieter, der Verpächter oder der gewerbmässige Anbieter einer Ware oder Dienstleistung in einem Konsumentenverhältnis, klagt (Art. 21 GestG bzw. Art. 35 ZPO), und dies wohl sowohl bei einer objektiven Klagenhäufung als auch im Falle einer Anspruchskonkurrenz (ein Beispiel einer objektiven Klagenhäufung des Vermieters findet sich bei BOHNET, a. O., 372). Insoweit kommt dem hier besprochenen Urteil grundlegende Bedeutung zu.

Schwieriger zu beurteilen ist die generelle Tragweite des Urteils, soweit es – wie in casu – um die örtliche Zuständigkeit bei Klagen der

als sozial schwächer unterstellten Partei geht. *Hier wird man annehmen dürfen, dass im Falle einer Anspruchskonkurrenz die teilzwingenden Gerichtsstände ebenfalls generell konkurrierende Gerichtsstände verdrängen* (so zumindest für das Arbeitsrecht auch COMMENTAIRE STÄMPFLI-BOHNET/DIETSCHY, Art. 343 OR N 22, und BK-ZINGG, Art. 60 ZPO N 44). Die vom Bundesgericht einleitend angestellte Überlegung, die sozial schwächere Partei könne sich grundsätzlich auf Art. 7 Abs. 2 GestG (Art. 15 Abs. 2 ZPO) berufen, d. h., sie könne wahlweise auch an einem andern Ort klagen, gilt wohl für die Fälle der Anspruchskonkurrenz («concours d'actions») nicht, sondern bloss für Fälle objektiver Klagenhäufung («cumul objectif»; in diesem Sinne wohl BOHNET, a. O., 372, sowie COMMENTAIRE STÄMPFLI-BOHNET/DIETSCHY, Art. 343 OR N 21), immer aber unter der Voraussetzung, dass die mehreren Ansprüche in einem sachlichen Zusammenhang stehen (so wenn das Delikt vom Arbeitgeber ausserhalb des Arbeitsverhältnisses begangen wurde [BGE 137 III 311 E. 5.2.2 S. 323; STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, Der Arbeitsprozess, S. 26 Fn. 91; PORTMANN/STÖCKLI, Rz. 966]). Was das konkret bedeutet, wird die Zukunft weisen müssen.

Abschliessend kann noch festgehalten werden, dass das Bundesgericht seine Rechtsprechung gemäss BGE 137 III 311 im Urteil 4A_220/2011 vom 5. September 2011 bestätigt hat.

VII. Abgrenzung zwischen Arbeitsvertrag und Agenturvertrag; örtliche Zuständigkeit; doppelrelevante Tatsachen; Massgeblichkeit des klägerischen Tatsachenvortrags für den Zuständigkeitsentscheid (Art. 24 GestG [heute Art. 34 ZPO])

BGE 137 III 32 (4A_461/2010)

Auch dieses Urteil wurde gestützt auf das Gerichtsstandsgesetz entschieden. Da es aber unter der am 1. Januar 2011 in Kraft getretenen ZPO weiterhin von Bedeutung ist, sei es hier ebenfalls besprochen (siehe dazu bereits auch CHRISTOPH LEUENBERGER, ZBJV 2013, 233 ff., 238 f., THOMAS GEISER/BENEDIKT HÄFLIGER, SJZ 2012, 351 ff., 354 f., und THOMAS GEISER, AJP 2012, 111 ff., 116 f.; Kurz-

hinweise bei STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, Der Arbeitsprozess, 20, COMMENTAIRE STÄMPFLI-BONNET/DIETSCHY, Art. 343 N 11, THOMAS GABATHULER/IRÈNE SPIRIG, plädoyer 3/11, 53 ff., 57, und BARBARA MEYER, ius focus 2012, 15 f.).

Zwischen A und der X AG bestand während mehrerer Jahre ein Vertrag, der als «Agenturvertrag» bezeichnet war. Als die Parteien in Streit gerieten, reichte A an seinem Arbeitsort Riggsberg eine Klage gegen die X AG ein. Auf diese Klage trat der erstinstanzliche Gerichtspräsident mangels örtlicher Zuständigkeit nicht ein, da es sich nicht um Ansprüche aus einem *Arbeits-* bzw. *Handelsreisendenvertrag*, sondern aus *Agenturvertrag* handle und daher nicht Art. 24 GestG (heute Art. 34 ZPO) zur Anwendung komme. Das Berner Obergericht als zweite Instanz bejahte dagegen die örtliche Zuständigkeit. Nach umfangreichen Sachverhaltsabklärungen war es zum Schluss gekommen, dass sich die geltend gemachten Ansprüche auf einen Handelsreisendenvertrag stützen würden.

Das Bundesgericht wies zwar die von der X AG erhobene Beschwerde in Zivilsachen ab und bejahte die örtliche Zuständigkeit der Berner Gerichte ebenfalls, aber mit einer andern Begründung als die Vorinstanz. *Bei der Beurteilung der Zuständigkeit sei primär auf den vom Kläger eingeklagten Anspruch und dessen Begründung abzustellen.* Die vom Kläger behaupteten Tatsachen, welche sowohl für die Zuständigkeit des angerufenen Gerichts als auch für die Begründetheit der Klage erheblich sind (sogenannte *doppelrelevante Tatsachen*), seien für die Beurteilung der Zuständigkeit als wahr zu unterstellen. Sie würden erst im Moment der materiellen Prüfung des eingeklagten Anspruchs untersucht; diesbezügliche Einwände der Gegenpartei seien im Rahmen der Zuständigkeitsprüfung unbeachtlich. Eine Ausnahme gelte nur für den Fall, dass der klägerische Tatsachenvortrag auf Anheb fadenscheinig oder inkohärent erscheine und durch die Klagegeantwort sowie die von der Gegenseite produzierten Dokumente unmittelbar und eindeutig widerlegt werden könne. Über Tatsachen, die nur für die Zuständigkeit des angerufenen Gerichts, nicht aber für die materielle Begründetheit des eingeklagten Anspruchs notwendig sind (sog. *zuständigkeitsbegründende oder einfachrelevante Tatsachen*), sei hingegen Beweis zu führen. Im Tatbestand des Art. 24 Abs. 1 GestG (Art. 34 Abs. 1 ZPO) seien die Tatsachen von doppelter Relevanz, welche auf das Bestehen eines Arbeitsverhältnisses schliessen lassen. Einfachrelevant seien örtliche Faktoren wie Wohnsitz oder

Sitz der Beklagten und der Ort der gewöhnlichen Arbeitsverrichtung (BGE 137 III 32 E. 2.3 S. 34 f., m. Nw.). Die Vorinstanz habe dies verkannt. Anstatt Beweise zu erheben und zu würdigen, hätte sie für die Prüfung der Zuständigkeitsfrage ausschliesslich auf den Tatsachenvortrag des Klägers abstellen müssen (BGE 137 III 32 E. 2.4.1 S. 35). Denn die geltend gemachten Ansprüche würden sich auf zwingende Bestimmungen des Arbeitsrechts stützen (BGE 137 III 32 E. 2.4 S. 35). Aus den Vorbringen des Klägers lasse sich plausibel auf das Bestehen eines Handelsreisendenvertrages schliessen. Für die Bejahung der Zuständigkeit müsse dies einstweilen genügen (BGE 137 III 32 E. 2.4.2 S. 36). Die Klage lasse sich demnach als «arbeitsrechtliches» i. S. v. Art. 24 Abs. 1 GestG (Art. 34 Abs. 1 ZPO) qualifizieren (BGE 137 III 32 E. 2.5 S. 36).

Doppelrelevante Tatsachen bieten im Zivilprozessrecht zahlreiche Schwierigkeiten, auf die hier nicht einzugehen ist (dazu einlässlich etwa URS HENRYK HOFFMANN-NOWOTNY, Doppelrelevante Tatsachen in Zivilprozess und Schiedsverfahren, Zürich 2010; BK-ZINGG, Art. 60 ZPO N 40 ff.; siehe auch die Nachweise bei MEYER, a. a. O., 15). Im Dienstleistungsrecht kommt ihnen, wie das hier besprochene Urteil sehr schön illustriert, vor allem Bedeutung zu, wenn um die Abgrenzung zwischen *Handelsreisendenvertrag*, einer besonderen Art des Arbeitsvertrages (Art. 347 ff. OR), und *Agenturvertrag* (Art. 418a ff. OR), einer Vertragsart für Selbständigerwerbende, gestritten wird. Diese Abgrenzung kann im Einzelfall sehr heikel beziehungsweise «délicate» sein (BGE 129 III 664 E. 3.2 S. 667; zu diesem Urteil THOMAS KOLLER, ZBJV 2004, 483 ff., 520 ff.; einlässlich zur Abgrenzung STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, Art. 319 N 8). *Materiellrechtlich* ist die Unterscheidung vielfach entscheidungsrelevant, weil das Arbeitsrecht – und zwar auch das Recht des Handelsreisenden – wesentlich mehr zwingende Sozialschutzbestimmungen zugunsten des Arbeitnehmers kennt als das Agenturvertragsrecht zugunsten des Agenten, obwohl auch das schweizerische Agenturvertragsrecht seit 1. Januar 1950 über etliche, z. T. sehr bemerkenswerte Schutznormen zugunsten des Agenten verfügt (STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, Art. 319 N 3; BK-REHBINDER/STÖCKLI, Art. 319 N 70), so etwa mit der in Art. 418u OR geregelten *Kundschadensentschädigung* (dazu THOMAS KOLLER, Die Kundschadensentschädigung im schweizerischen Agenturvertragsrecht, in: Ingo Saenger/Reiner Schulze [Hrsg.], Der Ausgleichsanspruch des Handelsvertreters, Baden-Baden 2000,

111 ff.). *Prozessual* bedeutsam ist die Abgrenzung, weil für arbeitsrechtliche Streitigkeiten anders als für Streitigkeiten aus dem Agenturvertragsrecht Sonderregeln über die *örtliche Zuständigkeit* gelten (Art. 34 f. ZPO) und in vielen Kantonen zudem besondere Arbeitsgerichte bestehen, dort also arbeitsvertragsrechtliche Streitigkeiten einer anderen *sachlichen Zuständigkeit* unterliegen als solche aus Agenturvertragsrecht.

Grundsätzlich ist die vom Bundesgericht im hier diskutierten Urteil vertretene Auffassung sachgerecht (gl.M. GEISER/HÄFLIGER, a. a. O., 355, und GEISER, a. a. O., 117; kritisch demgegenüber BK-ZINGG, Art. 60 ZPO N 46, der verfassungsrechtliche Bedenken hegt). Denn es wäre nicht sinnvoll, über Fragen, welche materiellrechtlich für den Prozessausgang entscheidend sind, bereits im Rahmen der Prüfung der örtlichen oder sachlichen Zuständigkeit ein unter Umständen aufwendiges Beweisverfahren durchzuführen. Diese Beweisabnahme muss dem eigentlichen Prozess vorbehalten bleiben. Daher ist es richtig, für die Prüfung der Zuständigkeit auf die Behauptungen des Klägers abzustellen und diese bloss – aber immerhin – einer Plausibilitätsprüfung zu unterziehen. Allerdings ist mit der bundesgerichtlichen Praxis, wie in der Literatur zu Recht geltend gemacht wurde, eine Schwierigkeit verbunden (GEISER/HÄFLIGER, a. a. O., 355, und GEISER, a. a. O., 117). *Bei der Prüfung der Eintretensfrage muss in einem Fall wie dem vorliegenden stets abgeklärt werden, ob die Vertragsqualifikation materiellrechtlich überhaupt relevant ist.* Es ist ohne Weiteres denkbar, dass der Kläger Ansprüche geltend macht, welche ihm unabhängig davon zustehen, ob ein Handelsreisendenvertrag oder ein Agenturvertrag vorliegt, so z. B. wenn ein Provisionsanspruch im Streit steht (Art. 349b und Art. 418g OR). Dann ist die Qualifikationsfrage nur einfachrelevant, weshalb gegebenenfalls bereits im Rahmen der Eintretensfrage – und zwar von Amtes wegen – ein Beweisverfahren durchzuführen ist. Nun ist allerdings die Abgrenzung zwischen doppelrelevanten und einfachrelevanten Tatsachen gerade im hier interessierenden Bereich nicht immer einfach. So ist zwar die Vereinbarung eines Provisionsanspruchs als solchen von der Vertragsqualifikation unabhängig. Aber in einem Punkt ist der Handelsreisende besser geschützt als der Agent: Besteht der Lohn gemäss schriftlicher Abrede ausschliesslich aus Provision, so ist dies nur gültig, wenn die Provision ein angemessenes Entgelt für die Tätigkeit des Handelsreisenden ergibt (Art. 349b Abs. 2 OR; siehe dazu etwa

BGE 129 III 664 E. 6 S. 670 f.). Daher muss unter Umständen bereits bei der Klärung der Zuständigkeitsfrage geprüft werden, ob materiellrechtlich nur der Provisionsanspruch an sich oder (auch) die Höhe einer Mindestprovision i. S. v. Art. 349b Abs. 2 OR zur Debatte steht. Das kann faktisch gewisse Schwierigkeiten bieten. Theoretisch-dogmatisch allerdings bestehen solche Schwierigkeiten nicht. Denn im hier interessierenden Zusammenhang werden nur die entsprechenden Tatsachenbehauptungen des Klägers (abgesehen von einer Plausibilitätsprüfung) als wahr unterstellt. *Die rechtliche Würdigung dieser behaupteten Tatsachen aber hat das Gericht vorzunehmen; dabei ist es an die Auffassung des Klägers nicht gebunden* (BGE 137 III 32 E. 2.2 S. 34, m. Nw.; BK-ZINGG, Art. 60 ZPO N 40). Gegebenenfalls muss also das Gericht bei der Prüfung der Eintretensfrage sehr differenzierte materiellrechtliche Überlegungen anstellen.

Das Abstellen auf die klägerischen Tatsachenbehauptungen zur Beurteilung der Eintretensfrage bei doppelrelevanten Tatsachen führt dazu, dass sich erst bei der materiellen Prüfung herausstellt, ob diese Tatsachen effektiv vorliegen. Erweisen sich dort die Tatsachenbehauptungen als unzutreffend, so wird die Klage trotz an sich fehlender Zuständigkeit *durch Sachentscheid abgewiesen, obwohl ex post gesehen ein Nichteintretensentscheid korrekt gewesen wäre.* Es besteht somit die Möglichkeit, dass eine vorerst als zulässig betrachtete Klage nach materieller Prüfung an sich für unzulässig erklärt werden müsste (BGE 122 III 249 E. 3b bb S. 252) und dennoch ein Sachentscheid gefällt wird. Methodisch ist dies zwar unsauber, aber ein solcher Sachentscheid, der anders als ein Prozessentscheid zur *res iudicata* führt und damit einen weiteren Prozess in derselben Sache ausschliesst, ist im Interesse des Beklagten und daher gerechtfertigt (BGE 122 III 249 E. 3b bb S. 252 in fine, m. Nw.).

Heikler ist eine andere theoretisch denkbare Situation. Bei der materiellen Prüfung der Klage könnte sich herausstellen, dass sich der Anspruch nicht auf den geltend gemachten Rechtsgrund stützen lässt, aber aus einem andern Rechtsgrund begründet wäre, für dessen Beurteilung dem Gericht aber die Zuständigkeit fehlt. Dann könnte man sich fragen, ob das (an sich unzuständige) Gericht die Klage gutheissen darf (dazu BK-ZINGG, Art. 60 ZPO N 42 ff., m. Hw.). Solche Fälle sollten aber selten sein, so vor allem wenn im Rahmen der Eintretensprüfung eine Tatsache zu Unrecht als doppelrelevant statt als einfachrelevant beurteilt wurde (siehe dazu das bei BK-ZINGG, Art. 60 ZPO

N 42 in fine, aufgeführte Beispiel, vor Arbeitsgericht werde eine arbeitsrechtliche Streitigkeit behauptet, es ergebe sich aber, dass der eingeklagte Anspruch auftragsrechtlicher Natur sei).

VIII. Gerechtfertigte fristlose Kündigung durch den Arbeitnehmer wegen Verletzung der Beschäftigungspflicht; Persönlichkeitsverletzung; Genugtuung (Art. 28 ZGB, Art. 49, Art. 55, Art. 101, Art. 328 Abs. 1 und Art. 337 ff. OR)

BGE 137 III 303 (4A_53/2011) = Pra 2011 Nr. 127 S. 931 ff.

Im hier zu besprechenden Urteil hatte sich das Bundesgericht gleich mit mehreren interessanten Aspekten zu befassen. Fristlose Kündigungen des Arbeitsvertrages durch Arbeitnehmer sind selten (ROGER RUDOLPH/CAROLINE WIESLI, *Fristlose Kündigung und Beschäftigungsanspruch eines Prof-Fussballers*, in: Jusletter vom 22. August 2011, Rz. 10). Die Frage, ob der Arbeitnehmer – neben dem Lohnanspruch – auch einen Anspruch auf Beschäftigung hat, ist in der Lehre umstritten. Beides stand im vorliegenden Fall zur Debatte, und darüber hinaus auch noch eine Persönlichkeitsverletzung, begangen durch einen Vorgesetzten des betroffenen Arbeitnehmers.

Eddy Barea war seit mehreren Jahren Profifussballspieler beim Fussballclub Xamax und spielte dort in der 1. Mannschaft, am Schluss sogar als Captain. Sein letzter Arbeitsvertrag war für die Zeit vom 1. Juli 2005 bis 30. Juni 2006 geschlossen. In der Halbzeitpause des Super-League-Spiels vom 19. Februar 2006 schloss Xamax-Trainer Blazevic Barea von der Mannschaft aus, weil dieser sich in Gegenwart der andern Spieler gegen seine Anordnung ausgesprochen hatte, dem gegnerischen Team Abseitsfallen zu stellen. In der Folge äusserte sich Blazevic gegenüber der Presse kritisch über Barea, bezeichnete ihn als Verräter und qualifizierte sein Verhalten als identisch mit demjenigen eines Schwachsinnigen («d'identique à celui qu'aurait adopté un imbécile»). Für diese Aussage wurde Blazevic später strafrechtlich zu einer Busse von Fr. 300.– verurteilt.

Mit Schreiben vom 26. Februar 2006 verwahrte sich Barea gegenüber Xamax gegen den Ausschluss aus der Mannschaft und bot

weiterhin seine Arbeitskraft an. Am 2. März 2006 teilte ihm Xamax mit, er sei von seiner Arbeitspflicht befreit; der Club werde aber die Lohnzahlungspflicht gemäss Vertrag weiter erfüllen. Zugleich schlug ihm Xamax vor, künftig mit der U-21-Mannschaft zu trainieren. Mit Brief vom 10. März 2006 machte Barea geltend, dies komme einer fristlosen Auflösung des Arbeitsvertrages gleich; er beanspruche aber seinen Lohn (bestehend aus einem fixen und einem variablen Lohnanteil) bis Ende Saison. Als er auf diesen Brief keine Antwort bekam, teilte er Xamax am 20. März 2006 mit, er löse den Arbeitsvertrag fristlos auf. Mit Schreiben vom 22. März 2006 bestritt Xamax, den Vertrag selber aufgelöst zu haben.

Anschliessend klagte Barea gegen Xamax auf Zahlung von Fr. 39 627.– als Lohn und von Fr. 49 063.50 als Entschädigung für die missbräuchliche und ungerechtfertigte Auflösung des Arbeitsvertrages, je nebst Zins. Das Kantonsgericht Neuenburg sprach ihm den Betrag von Fr. 28 978.20 als Lohn sowie eine Genugtuung von Fr. 15 000.–, je nebst Zins, zu. Xamax blieb mit der gegen das entsprechende Urteil gerichteten Beschwerde in Zivilsachen erfolglos (vgl. zu diesem Bundesgerichtsentscheid die einlässlichen Besprechungen von RUDOLPH/WIESLI, a. O., und von WERNER GLOOR, *Commentaire de l'ATF 137 III 303*, I^{re} Cour de droit civil, arrêt du 28 avril 2011 [4A_53/2011], AVR 2012, 25 ff., sowie die Kurzhinweise bei THOMAS GEISER/BENEDIKT HÄFLIGER, SJZ 2012, 351 ff., 352, THOMAS GABATHULER/IRÈNE SPIRIG, plädoyer 3/12, 48 ff., 49f., und PASCAL PICHONNAZ, SJZ 2012, 188 ff., 192).

Als Erstes prüfte das Bundesgericht, ob Barea zur fristlosen Kündigung berechtigt gewesen war. Gemäss Art. 337 Abs. 1 OR kann der Arbeitgeber wie der Arbeitnehmer aus *wichtigen Gründen* jederzeit das Arbeitsverhältnis fristlos auflösen. Diese Voraussetzung war gemäss Bundesgericht in casu erfüllt. Zwar habe sich Barea einer Weisung des Trainers widersetzt und damit den Arbeitsvertrag verletzt. Das wiege schwer, weil die Bedeutung der Disziplin einer Fussballmannschaft nicht unterschätzt werden dürfe und weil Barea Captain der Mannschaft gewesen sei. Im Gegenzug sei aber zu beachten, dass er während mehr als fünf Jahren zur Zufriedenheit des Clubs gespielt habe und dass die einmalige Verfehlung, die der Hitze des Gefechts zuzuschreiben sei, nicht überbewertet werden dürfe. *Der definitive Ausschluss aus der 1. Mannschaft sei daher unverhältnismässig*. Sodann könne ein Arbeitnehmer ein legitimes Interesse dar-

an haben, seine Arbeitsleistung erbringen zu dürfen, um seinen Marktwert zu erhalten. In der Lehre werde dies insbesondere für Künstler, Profisportler oder Chirurgen anerkannt. *Es liege auf der Hand, dass ein Profifussballspieler in der höchsten Liga nicht nur regelmässig mit Spielern gleichen Niveaus trainieren müsse, sondern auch Spiele auf höchstmöglichem Niveau müsse bestreiten können, um seinen Marktwert zu bewahren.* Dieses Interesse habe Xamax durch die unverhältnismässige Reaktion schwer verletzt. Hinzu komme, dass der Trainer Barea gegenüber der Presse als Verräter und Schwachsinnigen bezeichnet habe. Die Situation sei so für den Arbeitnehmer unerträglich geworden. Die Voraussetzungen für eine fristlose Kündigung gemäss Art. 337 Abs. 1 OR seien daher erfüllt (BGE 137 III 303 E. 2.1.2 S. 305 ff.).

Auch den Einwand von Xamax, Barea habe die fristlose Kündigung zu spät ausgesprochen, verwarf das Bundesgericht in Übereinstimmung mit der Vorinstanz. Erst mit dem Schreiben von Xamax vom 2. März 2006 sei für Barea klar gewesen, dass er keine Chance mehr habe, mit der 1. Mannschaft zu spielen. Auf dieses Schreiben habe er am 10. März 2006 unverzüglich («sans retard») reagiert und zu verstehen gegeben, dass er unter diesen Umständen keine Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses ins Auge fasse. Zwar habe ihm der Arbeitgeber, anders als von Barea in diesem Schreiben behauptet, am 2. März 2006 nicht gekündigt, aber nach Treu und Glauben wäre Xamax verpflichtet gewesen, das Missverständnis sofort klarzustellen. Da der Club dies nicht getan habe, könne er Barea nicht vorwerfen, er habe am 20. März 2006 zu spät fristlos gekündigt (BGE 137 III 303 E. 2.1.3 S. 308).

Da somit die Voraussetzungen für eine fristlose Kündigung durch den Arbeitnehmer erfüllt waren und der wichtige Grund dafür im vertragswidrigen Verhalten von Xamax lag, schuldete der Club Barea vollen Schadenersatz (Art. 337b Abs. 1 OR), d. h. den vollen Lohn bis zum ordentlichen Ablauf des Arbeitsverhältnisses (BGE 137 III 303 2.1.1 S. 305). *Ein Anspruch auf eine Rechtsverletzungsbusse gestützt auf Art. 337c Abs. 3 OR steht dem berechtigterweise kündigenden Arbeitnehmer aber nicht zu* (BGE 137 III 303 E. 2.1.1 S. 305, unter Berufung auf 133 III 657 E. 3.2 S. 659 f. [siehe zu diesem Urteil THOMAS KOLLER/MARC ANDRÉ MAUERHOFER, ZBJV 2009, 891 ff., 901 ff.]). Dieser kann jedoch gegebenenfalls eine Genugtuung gestützt auf Art. 49 OR verlangen, wenn er in seiner Persönlichkeit verletzt

worden ist (BGE 137 III 303 2.1.1 S. 305). Gleich wie die Vorinstanz sah das Bundesgericht eine Persönlichkeitsverletzung i. S. v. Art. 28 ZGB in der (auch strafrechtlich geahndeten) Äusserung von Blazevic über Barea in der Presse. Für diese vom Trainer als Hilfsperson begangene unerlaubte Handlung hatte Xamax sowohl gestützt auf Art. 55 OR als auch gestützt auf Art. 101 OR i. V. m. Art. 328 OR einzustehen (BGE 137 III 303 E. 2.2.2 S. 309 f.).

Das Urteil ist in verschiedener Hinsicht bemerkenswert:

a) Stretigkeiten zwischen Profisportlern und ihren Arbeitgebern werden in der Regel nicht vor staatlichen Gerichten, sondern gestützt auf Schiedsgerichtsklauseln in den entsprechenden Verträgen vor *Schiedsgerichten* – häufig vor dem Tribunal Arbitral du Sport (TAS) in Lausanne – ausgetragen. Hier war dies ausnahmsweise anders (zum Grund, warum dies möglich war, GLOOR, a. a. O., 30), wo für man als Jurist nur dankbar sein kann. Denn staatliche Gerichte wissen im Sportrecht immer wieder ganz besondere Akzente zu setzen, wie früher schon etwa der Fall *Servette gegen Perroud* (BGE 102 II 211) und vor allem natürlich der vom EuGH beurteilte Fall *Bosman* (Urteil vom 15. Dezember 1995, Rechtssache C-415/93; abrufbar unter <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:61993J0415:DE:HTML>) gezeigt haben. Man darf gespannt darauf sein, welche Auswirkungen der hier besprochene Bundesgerichtsentscheid auf die Sportschiedsgerichtsbarkeit haben wird (dazu einlässlich GLOOR, a. a. O., 29 ff.).

b) Die Hauptpflicht des Arbeitgebers aus dem Arbeitsvertrag ist seine Lohnzahlungspflicht (Art. 322 OR). Ob zusätzlich auch *eine Pflicht zur Beschäftigung des Arbeitnehmers* besteht, ist in der Lehre umstritten (vgl. dazu etwa die Nachweise bei STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, Art. 319 N 17). Geht man davon aus, dass im Regelfall keine Beschäftigungspflicht besteht (so etwa BGE 99 Ib 129 E. 1c S. 133; GEISER/MÜLLER, Rz. 102; THOMAS GEISER, AJP 2013, 437 ff., 440; BSK OR I-PORTMANN, Art. 328 N 22; a. M. z. B. BK-REHBINDER/STÖCKLI, Art. 328 N 13; WYLER, 320; BRUNNER/BÜHLER/WAEBER/BRUCHEZ, Art. 328 N 13) und unterlässt es der Arbeitgeber, die vom Arbeitnehmer gehörig angebotene Arbeitsleistung entgegenzunehmen, so gerät er nur in *Annahmeverzug* bzw. *Gläubigerverzug* (wobei die arbeitsrechtlichen Sonderregeln den allgemeinen Gläubigerverzugsregeln vorgehen [BGE 116 II 142; STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, Art. 324 N 2; COMMENTAIRE STÄMPFLI-LONGCHAMP, Art. 324 N 1;

WYLER, 1951). Darin liegt dogmatisch gesehen keine Vertrags-, sondern eine bloss *Obliegenheitsverletzung*. Der Arbeitgeber bleibt dann schlicht zur (weiteren) Lohnzahlung verpflichtet (Art. 324 OR). In Ausnahmefällen steht allerdings dem Arbeitnehmer neben dem Anspruch auf Lohn auch ein *Beschäftigungsanspruch* zu. Diesfalls begehrt der Arbeitgeber zusätzlich gar eine *Vertragsverletzung*, wenn er dem Arbeitnehmer keine angemessene Beschäftigung anbietet, wobei dann genau genommen nicht ein Schuldnerverzug, sondern – da der Arbeitnehmer zur Nachleistung nicht verpflichtet ist (Art. 324 Abs. 1 OR) – eine zu *vertretende nachträgliche Teilunmöglichkeit* i. S. v. Art. 97 OR vorliegt (BK-REHBINDER/Stöckli, Art. 324 N 4, m. Nw.). Das kann zu *Schadenersatzfolgen* führen (BK-REHBINDER/Stöckli, Art. 328 N 13; BRUNNER/BÜHLER/WAEGER/BRUCHEZ, Art. 328 N 13), etwa wenn ein Arbeitnehmer in seinem beruflichen Fortkommen einen Nachteil erleiden sollte (was in der Praxis allerdings meist schwer zu beweisen sein dürfte). In casu stand dies jedoch nicht zur Debatte.

Im vorliegenden Fall hat das Bundesgericht in Anlehnung an die Lehre einen Beschäftigungsanspruch des Arbeitnehmers angenommen, weil es um die *Erhaltung der Berufsfähigkeit* ging (ähnlich übrigens wie im nur kurz zuvor gefällten Urteil 4A_84/2011 vom 15. April 2011, wo ein Profi-Radrennfahrer betroffen war, dem eine angemessene Teilnahme an Radrennen allerdings vertraglich ausdrücklich zugesichert worden war). Das ist sachgerecht. *Ob man daraus jedoch den Umkehrschluss ziehen darf, dass ein Beschäftigungsanspruch des Arbeitnehmers nur in Sonderkonstellationen besteht, im Regelfall also nicht* (STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, Art. 319 N 17), ist offen. Immerhin wird man dem Urteil eine Tendenz in dieser Richtung entnehmen können (in diesem Sinne auch GLOOR, a. O., 28, der ausführt, im Gegensatz zum deutschen Recht würde das schweizerische Recht keine grundsätzliche Beschäftigungspflicht des Arbeitgebers kennen). Das wäre im Sinne der wohl herrschenden, wenn auch nicht unbestrittenen Meinung in der Lehre, die wie erwähnt einen generellen Beschäftigungsanspruch des Arbeitnehmers verneint.

c) Ein allenfalls bestehender grundsätzlicher Beschäftigungsanspruch des Arbeitnehmers findet selbstredend seine Grenzen, wenn die Beschäftigung dem Arbeitgeber nicht mehr zumutbar ist. Was das im Einzelnen bedeutet, kann nur von Fall zu Fall beurteilt werden und schwierige Abgrenzungsfragen aufwerfen, insbesondere bei Profisportlern. *Daher empfiehlt es sich, diese Fragen vertraglich zu regeln*

(GLOOR, a. O., 29; siehe als Beispiel etwa der dem Urteil des Bundesgerichts 4A_84/2011 vom 15. April 2011 zugrunde liegende Fall eines Profi-Radrennfahrers). Eine Patentlösung ist dies indessen auch nicht, wird sich dann doch die Problematik in aller Regel einfach auf die *Ebene der Vertragsauslegung* verlagern. Dies insbesondere bei sehr «offen» formulierten Vertragsklauseln wie z. B. «L'employeuse doit permettre au coureur d'accomplir son activité de manière adéquate ... en l'autorisant à participer à un nombre de courses suffisant ...» (so im dem Urteil des Bundesgerichts 4A_84/2011 vom 15. April 2011 zugrunde liegenden Fall).

d) Wie es sich mit weiteren (in der Lehre diskutierten) Fällen verhält, in denen allenfalls ausnahmsweise ein Beschäftigungsanspruch des Arbeitnehmers oder der Arbeitnehmerin bejaht werden kann, ist mit dem hier besprochenen Urteil höchststrichförmig nicht entschieden. Von besonderer Bedeutung könnte ein solcher Beschäftigungsanspruch gegebenenfalls im Zusammenhang mit dem *Gleichstellungsgesetz* sein. So hatte das Zürcher Obergericht im September 2011 über den Fall einer schwangeren Kaderfrau zu befinden, die vom Arbeitgeber schon während der Schwangerschaft freigestellt worden war und der Arbeitgeber gleichzeitig mitgeteilt hatte, er werde den Vertrag nach Ablauf des Mutterschaftsschutzes unter Einhaltung der Kündigungsfrist kündigen, wobei sie während der Kündigungsfrist weiterhin freigestellt sei. *Das Zürcher Obergericht verpflichtete den Arbeitgeber mit einer vorsorglichen Massnahme unter Strafanordnung zur tatsächlichen Weiterbeschäftigung der Arbeitnehmerin* (Urteil vom 30. September 2011, zitiert nach und besprochen bei THOMAS GEISER, AJP 2013, 437 ff., 440 f.; das Urteil ist abrufbar unter http://www.gerichte-zh.ch/fileadmin/user_upload/entscheide/oeffentlich/LA100034-01.pdf). Man darf gespannt sein, wie das Bundesgericht urteilen wird, wenn ihm einmal ein solcher oder ähnlich gelagerter Fall unterbreitet wird.

Ebenso nicht zu äussern hatte sich das Bundesgericht in casu über die Grenzen einer allfälligen Beschäftigungspflicht, die in der Lehre zum Teil einlässlich diskutiert werden. *Eine grundsätzlich bestehende Beschäftigungspflicht soll demgemäss etwa entfallen, wenn ein Mitarbeiter in gekündigtem Verhältnis steht und freigestellt wird, weil im gekündigten Arbeitsverhältnis die Fürsorgepflicht bereits gelockert sei* (RUDOLPH/WIESLI, a. O., Rz. 16, m. Nw.; BSK OR I-PORTMANN, Art. 328 N 22; BK-REHBINDER/Stöckli, Art. 328 N 13;

WYLER, 320; BRÜHWILER, Art. 319 N 4b; vgl. dazu auch das obiter dictum in BGE 123 III 246 E. 4a S. 251). Auch diese Problematik harrt im Einzelnen noch der höchststrichterlichen Klärung (vgl. aber immerhin etwa das Urteil des Bundesgerichts 4C.240/2000 vom 2. Februar 2001, in welchem einem Kadernmitglied einer Bank für die Dauer der Kündigungsfrist ein Beschäftigungsanspruch verwehrt wurde).

e) Als wichtiger Grund für eine fristlose Kündigung gilt jeder Umstand, bei dessen Vorhandensein dem Kündigenden nach Treu und Glauben die Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses nicht mehr zugemutet werden kann (Art. 337 Abs. 2 OR). Als unzumutbar gilt nach bundesgerichtlicher Rechtsprechung die Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses nur dann, wenn das Vertrauensverhältnis zwischen den Parteien derart gestört ist, dass die sofortige und fristlose Auflösung des Vertrages als einziger Ausweg erscheint. *Ein blosser Annahmeverzug des Arbeitgebers als solcher berechtigt den Arbeitnehmer grundsätzlich noch nicht zur fristlosen Kündigung.* Dazu bedarf es zusätzlicher Umstände (BGE 116 II 142 E. 5c S. 144 f.; GLOOR, a. a. O., 28, m. w. Nw.). *Ein solcher Umstand kann darin liegen, dass dem Arbeitnehmer ein Beschäftigungsanspruch zusteht, der Arbeitgeber also nicht nur eine Obliegenheits-, sondern auch eine Vertragsverletzung begeht.* Das muss im Grunde generell gelten, auch wenn es das Bundesgericht in casu (leider) nicht so verallgemeinert ausdrückt (im gleichen Sinn wohl COMMENTAIRE STÄMPFLI-LONGCHAMP, Art. 324 N 20, sowie BSK OR I-PORTMANN, Art. 337 N 34). Denn einem Arbeitnehmer, dem der Arbeitgeber auch nach einer entsprechenden Abmahnung keine angemessene Beschäftigung anbietet, obwohl der Arbeitnehmer – zur Erhaltung seines Marktwertes – Anspruch auf Beschäftigung hat, ist die formelle Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses nicht mehr zumutbar. Das gilt ganz besonders, wie das hier besprochene Urteil zeigt, für sämtliche Profisportler (GLOOR, a. a. O., 28, m. w. Nw.).

f) Nicht zu befinden hatte das Bundesgericht im vorliegenden Fall über die Frage, ob in der Nichtweiterbeschäftigung des Arbeitnehmers als solcher eine Persönlichkeitsverletzung liege. Denn die Genugtuung wurde Barea nicht wegen der Freistellung an sich zugesprochen, sondern wegen dieser ungerechtfertigten Freistellung in Verbindung mit der schweren Beschimpfung durch den Trainer in der Presse. Das Bundesgericht folgte damit unausgesprochen einer in der Lehre zum Teil vertretenen Auffassung, wonach eine Persönlichkeits-

verletzung bei Nichtbeschäftigung nur infrage komme, wenn besondere Umstände (längere Dauer, kränkende Umstände der Anordnung [PORTMANN/STRÖCKLI, Rz. 428]) vorlägen. *Man könnte sich indessen durchaus vorstellen, in einer ungerechtfertigten Freistellung stehe dann eine Persönlichkeitsverletzung zu sehen, wenn ein Beschäftigungsanspruch besteht* (so – zumindest ansatzweise – bereits wohl BGE 87 II 143).

g) Das Kantonsgericht hatte Barea die Genugtuung in Anwendung von Art. 49 OR zugesprochen, obwohl dieser sich zur Begründung seines entsprechenden Begehrens nur – und unzutreffend – auf Art. 337c Abs. 3 OR gestützt hatte. Dazu war die Vorinstanz, wie das Bundesgericht ausführte, gemäss dem Grundsatz *iura novit curia* berechtigt (BGE 137 III 303 E. 2.2.1 S. 309). Das ist sachgerecht. Bedauerlich ist nur, dass das Bundesgericht selber diesem Grundsatz nicht immer nachlebt; und so hat denn hier ein (mässig bezahlter) Profifussballer eine Genugtuung erhalten, nicht aber früher eine um ihren kargen Lohn kämpfende marokkanische Haushälterin, die es ebenfalls – allerdings auch vor Bundesgericht – unterlassen hatte, Art. 328 i. V. m. Art. 49 OR anzurufen (BGE 133 III 657; dazu TH. KOLLER/MAUERHOFER, a. a. O., 902 f.).

h) Dass die Äusserungen von Trainer Blazevic über Barea in der Presse («Verräter» und «Schwachsinniger») Persönlichkeitsverletzungen waren, überzeugt, ebenso dass Xamax gegenüber Barea für diese Worte gestützt auf Art. 55 und Art. 101 OR einzustehen hat. Es liegt hier ein geradezu klassischer Fall einer *deliktischen* und gleichzeitig auch einer *vertraglichen Hilfspersonenhaftung vor: Arbeitgeber haben für Persönlichkeitsverletzungen, welche ihre Kaderleute gegenüber Untergebenen begehen, zivilrechtlich einzustehen*, und dies besonders auch dann, wenn es um Kündigungen bzw. Entlassungen geht (vgl. als früheres Beispiel bereits BGE 130 III 699 und dazu THOMAS KOLLER, ZBJV 2005, 309 ff., 328 ff.). Nur sind sie sich dieses Risikos oft nicht bewusst.

i) Mit dem hier besprochenen höchststrichterlichen Entscheid war die Sache rechtlich erledigt. Aber das Leben geht bekanntlich weiter. Wer daran interessiert ist, was aus Barea, Blazevic und Xamax geworden ist, kann dies bei RUDOLPH/WIESLI, a. a. O. Rz. 22, nachlesen. Erhebend ist dieses Nachspiel nicht ...

k) Zu bedauern bleibt am Ende nur, dass die bis heute wohl berühmteste Abqualifikation eines Fussballspielers durch einen Train-

ner nie gerichtlich beurteilt worden ist: «In diese Spiel, es waren zwei, drei diese Spieler waren schwach wie eine Flasche leer! ...Struunz ... Was erlauben Strunz?» (zitiert nach der Transkription bei <http://www.bernd-ackermann.com/trappatoni.htm>). Das hätte einen vielleicht noch schöneren juristischen Leckerbissen gegeben als der hier besprochene (sehr interessante) Entscheid. Denn die Menschheit wüsste doch zu gerne, ob eine «leere Flasche» rechtlich ebenso persönlichkeitsverletzend ist wie ein «Verräter» oder «Schwachsinniger».

Mir aber sei an dieser Stelle das Schlusswort gestattet: «Ich habe fertig!»³

³ Damit möchte ich nach neun Jahrgängen meine Tätigkeit als Rezensent der arbeitsrechtlichen Rechtsprechung des Bundesgerichts für die ZBJV beenden. Aber freuen Sie sich nicht zu früh, liebe Leserin und lieber Leser: Als Rezensent der mietrechtlichen Rechtsprechung sind Sie mich noch nicht los!

Die arbeitsrechtliche Rechtsprechung des Bundesgerichts im Jahr 2011

Veröffentlicht in Band 137

Von Prof. Dr. THOMAS KOLLER, Bern^{1,2}

Übersicht

- | | | |
|------|--|-----------------|
| I. | Verstoss eines Arbeitnehmers gegen ein Konkurrenzverbot im laufenden Arbeitsverhältnis; Gewinnabschöpfung (Art. 321a Abs. 3, Art. 321b, Art. 423 Abs. 1 und Art. 464 OR) | BGE 137 III 607 |
| II. | Betriebsübernahme während der Nachlassstundung; Übergang des Arbeitsverhältnisses (Art. 333 OR, Art. 293 ff. SchKG) | BGE 137 III 487 |
| III. | Massenentlassung; Mindestbetriebsgrösse; kein «Durchgriff» im Konzern (Art. 335d ff. OR) | BGE 137 III 27 |
| IV. | Massenentlassung; zweckdienliche Auskünfte (Art. 335f OR) | BGE 137 III 162 |
| V. | Gemeinsame Durchführung eines Gesamtarbeitsvertrages; Konventionalstrafe; Aktivlegitimation eines GAV-Kontrollorgans (Art. 357b OR) | BGE 137 III 556 |

1 Ich danke unserem Hilfsassistenten Herrn Sebastian Müller, BLaw, meiner Assistentin Frau lic.iur. Esther Scheitlin, Rechtsanwältin, und meinem Assistenten Herrn David Jost, MLaw, Rechtsanwalt, herzlich für ihre Mitarbeit beim Zusammentragen des Materials und bei der Durchsicht des Manuskripts. Das Manuskript wurde am 18. Juli 2013 abgeschlossen.

2 In dieser Rechtsprechungsübersicht werden die allgemeinen Kommentare zum schweizerischen Privatrecht mit den üblichen Abkürzungen zitiert (BK = Berner Kommentar; BSK = Basler Kommentar). Im Weiteren werden als Standardliteratur folgende Werke abgekürzt zitiert: JÜRGEN BRÜHWILER, Kommentar zum Einzelarbeitsvertrag, 2. Aufl., Bern/Stuttgart/Wien 1996; CHRISTIANE BRUNNER/JEAN-MICHEL BÜHLER/JEAN-BERNARD WAEBER/CHRISTIAN BRUCHEZ, Kommentar zum Arbeitsvertragsrecht, 3. Aufl., Basel/Genf/München 2005; COMMENTAIRE DU CONTRAT DE TRAVAIL, hrsg. von Jean-Philippe Dunand/Pascal Mahon, Bern 2013 (zit. COMMENTAIRE STÄMPFLI-BEARBEITERIN); THOMAS GEISER/ROLAND MÜLLER, Arbeitsrecht in der Schweiz, 2. Aufl., Bern 2012; WOLFGANG PORTMANN/JEAN-FRITZ STÖCKLI, Schweizerisches Arbeitsrecht, 3. Aufl., Zürich/St. Gallen 2013; ULLIN STREIFF/ADRIAN VON KAENEL/ROGER RUDOLPH, Arbeitsvertrag, 7. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2012; RÉMY WYLER, Droit du travail, 2. Aufl., Bern 2008.

VI. Örtliche Zuständigkeit; Gerichtsstand für arbeitsrechtliche Klagen (Art. 24 GestG [neu Art. 34 ZPO]); Gerichtsstand für deliktische Klagen (Art. 25 GestG [neu Art. 36 ZPO]); objektive Klagenhäufung einerseits und Anspruchs konkurrenz andererseits (Art. 7 Abs. 2 GestG [neu Art. 15 Abs. 2 ZPO])

BGE 137 III 311

VII. Abgrenzung zwischen Arbeitsvertrag und Agenturvertrag; örtliche Zuständigkeit; doppelrelevante Tatsachen; Massgeblichkeit des klägerischen Tatsachenvortrags für den Zuständigkeitsentscheid (Art. 24 GestG [heute Art. 34 ZPO])

BGE 137 III 32

VIII. Gerechtfertigte fristlose Kündigung durch den Arbeitnehmer wegen Verletzung der Beschäftigungspflicht; Persönlichkeitsverletzung; Genugtuung (Art. 28 ZGB, Art. 49, Art. 55, Art. 101, Art. 328 Abs. 1 und Art. 337 ff. OR)

BGE 137 III 303

I. Verstoß eines Arbeitnehmers gegen ein Konkurrenzverbot im laufenden Arbeitsverhältnis; Gewinnabschöpfung (Art. 321a Abs. 3, Art. 321b, Art. 423 Abs. 1 und Art. 464 OR)

BGE 137 III 607 (4A_345/2011)

K hatte während seiner Anstellung als Leiter der Abteilung Heizung im Betrieb der X AG unter Verwendung ihrer Infrastruktur auf privater Basis gegen Entgelt Aufträge für Dritte im Heizungsbereich ausgeführt. Als die X AG nach Beendigung des Arbeitsverhältnisses davon erfuhr, klagte sie gegen K auf Herausgabe der entsprechenden Einnahmen im Betrag von Fr. 23 595.– nebst Zins. Die kantonalen Instanzen sprachen ihr den Betrag von Fr. 15 000.– (Einnahmen abzüglich Entschädigung für die eigene Arbeit) nebst Zins zu. Mit seiner Beschwerde in Zivilsachen blieb K vor Bundesgericht erfolglos (vgl. die ausführliche und grundsätzlich zustimmende Besprechung dieses Urteils von JÖRG SCHMID/JONAS RÜEGG, ZBJV 2013, 492 ff., 516 ff., sowie die Kurzhinweise bei THOMAS GEISER/BENEDIKT HÄFLIGER, SJZ 2012, 351 ff., 352, PIERRE TERCIER/PASCAL G. FAVRE, SJZ 2012, 260 ff., 264, STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, Art. 321b N 3 S. 204 Mitte, PORTMANN/STÖCKLI, Rz. 377, und COMMENTAIRE STÄMPFLI-DUNAND, Art. 321b N 12).

K war seinerzeit Handlungsbevollmächtigter der X AG, weshalb Art. 464 OR zum Tragen kam. Gemäss dieser Bestimmung darf der Prokurist sowie der Handlungsbevollmächtigte, der zum Betrieb des ganzen Gewerbes bestellt ist oder – wie in casu – in einem Arbeitsverhältnis zum Inhaber des Gewerbes steht, ohne Einwilligung des Geschäftsherrn weder für eigene Rechnung noch für Rechnung eines Dritten Geschäfte machen, die zu den Geschäftszweigen des Geschäftsherrn gehören (Abs. 1). Bei Übertretung dieser Vorschrift kann der Geschäftsherr Ersatz des verursachten Schadens fordern und die betreffenden Geschäfte auf eigene Rechnung übernehmen (Abs. 2). Im vorliegenden Fall stand nicht ein Schadenersatzanspruch der X AG zur Diskussion, sondern ein Anspruch auf Gewinnabschöpfung. Ein solcher Anspruch auf Abschöpfung des vom Handlungsbevollmächtigten erzielten Gewinns steht – so das Bundesgericht – dem Geschäftsherrn zu. Dazu ist nicht erforderlich, dass der Geschäftsherr eine Übernahme des Geschäfts auf eigene Rechnung i. S. v. Art. 464 Abs. 2 OR verlangt (BGE 137 III 607 E. 2.3 S. 612). Ebenso ist es unerheblich, ob die Dritten bereit gewesen wären, die entsprechenden Geschäfte an die Geschäftsherrin zu vergeben, oder ob diese interessiert gewesen wäre, die konkreten Dienstleistungen selber zu erbringen. Dem kaufmännischen Vertreter soll – so das Bundesgericht weiter – der Anreiz zu einem Geschäft in denselben Geschäftszweigen unabhängig davon genommen werden, ob der Geschäftsherr das konkrete Geschäft abgeschlossen hätte oder ob er selber einen Gewinn hätte erzielen können (BGE 137 III 607 E. 2.2.2 S. 611, m. Hw. [Hervorhebung hinzugefügt]). Das Bundesgericht misst somit Art. 464 OR eine klar verhaltenslenkende Funktion zu. Dem kann nur beige-pflichtet werden.

Nicht zu entscheiden hatte das Bundesgericht die Frage, ob dem Arbeitgeber auch gegenüber einem Arbeitnehmer ohne Prokura oder Handlungsvollmacht ein Anspruch auf Gewinnherausgabe zusteht, wenn dieser den Arbeitgeber unzulässig konkurrenziert (Art. 321a Abs. 3 OR). Ein solcher Anspruch gegen «gewöhnliche» Arbeitnehmer liesse sich gegebenenfalls auf Art. 423 Abs. 1 OR oder auf Art. 321b OR (Rechenschafts- und Herausgabepflicht des Arbeitnehmers) stützen. In der Lehre ist diese Frage umstritten (vgl. dazu die Nachweise in BGE 137 III 607 E. 2.4 S. 613); eine höchstrichterliche Klärung steht (leider) weiterhin aus.

II. Betriebsübernahme während der Nachlassstundung; Übergang des Arbeitsverhältnisses (Art. 333 OR, Art. 293 ff. SchKG)

BGE 137 III 487 (5A_113/2011)

Einmal mehr hatte sich das Bundesgericht mit den Nachwehen des Swissair-Groundings im Jahr 2001 zu befassen und einmal mehr stand dabei ein arbeitsrechtliches Problem im Zentrum des Interesses (siehe zu früheren Fällen mit Bezug zum Arbeitsrecht etwa BGE 131 III 606 [dazu THOMAS KOLLER, ZBJV 2006, 404 ff., 427 ff.]; 132 III 32 [dazu THOMAS KOLLER, ZBJV 2008, 318 ff., 334 ff.]; 134 III 102 [dazu THOMAS KOLLER/MICHAEL S. GRABER, ZBJV 2010, 1082 ff., 1083 ff.]).

Der Swissair wurde am 5. Oktober 2001 vom Nachlassrichter die Nachlassstundung gewährt. Am 10. Januar 2002 bzw. 30./31. März 2002 (also während der Nachlassstundung) wurde das kontinentale bzw. interkontinentale Flugstreckennetz der Swissair auf die Crossair Aktiengesellschaft für europäischen Regionalluftverkehr (nachfolgend Crossair bzw. neu Swiss) übertragen.

X arbeitete seit dem 1. Januar 1993 als Pilot bei der Swissair. Auf dessen Arbeitsverhältnis war der Gesamtarbeitsvertrag (GAV) Swissair-Aeropers vom 1. Juli 1999, Stand 2001, anwendbar. Mit Schreiben vom 15. März 2002 kündigte die Swissair das Arbeitsverhältnis «aufgrund der Einstellung des Flugbetriebes per 31. März» auf den 30. Juni 2002 und stellte X per 31. März 2002 frei. Gestützt auf eine Vertragsofferte vom 13. März 2002 ging X per 31. März 2002 ein Vertragsverhältnis mit der Swiss ein, und zwar zu einem niedrigeren Lohn.

Am 22. Mai 2003 wurde der vom Sachwalter der Swissair in Nachlassstundung unterbreitete Nachlassvertrag mit Vermögensabtretung bestätigt. Der Liquidator verfügte am 13. Februar 2007 über die Kollokation der von X angemeldeten Forderungen. Er anerkannte die von X geltend gemachte Lohndifferenz und Pensionskassenbeiträge in der ersten Klasse für eine Kündigungsfrist von sechs Monaten (April bis September 2002). Zur Begründung hielt der Liquidator fest, das Arbeitsverhältnis sei Ende März 2002 nach Art. 333 OR auf die Swiss übergegangen. Die Swissair als vormalige Arbeitgeberin hatte

für die seit Betriebsübergang fällig gewordenen Ansprüche bis Ende September 2002, d. h. für den Zeitraum, welcher sich unter Berücksichtigung der sechsmonatigen Kündigungsfrist gemäss GAV ergebe. Über diesen Zeitraum hinausgehende Forderungen wies der Liquidator ab, ebenso die Forderung nach einer Abfindung, da das Arbeitsverhältnis wegen des Betriebsübergangs nicht aufgelöst worden sei.

X erhob Kollokationsklage gegen die Swissair in Nachlassliquidation. Er stellte sich auf den Standpunkt, dass die Kündigung der Swissair vom 15. März 2002 ungültig gewesen sei und dass sein Arbeitsverhältnis weder gemäss Art. 333 OR auf die Swiss übergegangen noch – in Anwendung des GAV – mit sechsmonatiger Frist kündbar gewesen sei. Aus diesem Grund verlangte er von der Nachlassmasse die (bezüfferte) Differenz der Lohn- und Pensionskassenbeiträge bis zum 30. Juni 2006 bzw. Ende der Wirkungen des GAV. Im Eventualbegehren (d. h. für den Fall, dass die Lohn- und Pensionskassenbeiträge nur bis Ende September 2002 geschuldet seien) verlangte er gestützt auf den GAV eine Abfindung in der Höhe eines Jahresalärs.

Mit seiner Klage blieb X vor den kantonalen Instanzen erfolglos, ebenso mit seiner Beschwerde in Zivilsachen vor Bundesgericht (siehe zu diesem Urteil die Kurzhinweise bei THOMAS GEISER, AJP 2013, 437 ff., 445 f., THOMAS GEISER/BENEDIKT HÄFLIGER, SJZ 2012, 351 ff., 352, THOMAS GABATHULER/IRÈNE SPIRIG, plädoyer 3/12, 48 ff., 50 f., STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, Art. 333 N 7 S. 836, COMMENTAIRE STÄMPFLI-CHENAU/MARTIN, Art. 333 N 15, und PORTMANN/STÖCKLI, Rz. 618).

Der Problemkreis des Betriebsübergangs im Rahmen von Insolvenzverfahren weist zahlreiche Aspekte auf, von denen bisher noch nicht alle geklärt waren. Im (wegleitenden) BGE 129 III 335 hatte das Bundesgericht die grundsätzliche Frage offengelassen, ob Art. 333 Abs. 1 OR bei Betriebsübernahmen im Konkurs überhaupt anwendbar sei. Es hielt dort nur fest, dass die Solidarhaftung des Erwerbers gemäss Art. 333 Abs. 3 OR nicht zum Tragen komme, falls Art. 333 Abs. 1 OR anwendbar sein sollte. Eine Solidarhaftung des Übernehmers eines Betriebs im Konkurs widerspreche dem Sinn und Zweck der Norm, weil der Schutz der Arbeitnehmer beim Übergang eines Betriebs in ihr Gegenteil verkehrt würde. Den Arbeitnehmern und der Volkswirtschaft sei mehr gedient, wenn ein neuer Arbeitgeber gefunden werde, der zwar für ausstehende Lohnforderungen nicht hafte, aber immerhin den Betrieb weiterführe und die Arbeitsplätze erhalte.

In BGE 130 III 102 sodann hatte das Bundesgericht die Frage offen gelassen, ob Art. 333 OR auf den Betriebsübergang im Rahmen eines Nachlassverfahrens mit Vermögensabtretung Anwendung finde.

Im hier besprochenen Urteil erklärte das Bundesgericht nun Art. 333 OR bei der Übernahme eines Betriebs in der Nachlassstundung mit Blick auf den automatischen Übergang des Arbeitsverhältnisses für grundsätzlich anwendbar (BGE 137 III 487 E. 4 S. 491 ff., mit ausführlicher Begründung). Im Wesentlichen machte das Bundesgericht geltend, sowohl im Rahmen einer freiwilligen Sanierung als auch in einer Zwangsvollstreckung schütze die Kontinuität des Arbeitsverhältnisses nicht nur die Interessen des Arbeitnehmers, sondern sie erleichtere oder ermögliche auch dem Erwerber die Übernahme eines funktionierenden Betriebes. Der automatische Übergang des Arbeitsverhältnisses stehe im Einklang mit dem Zweck der Bestimmung, zumal der Handlungsspielraum des Erwerbers nicht übermässig eingeschränkt werde. Das Arbeitsverhältnis könne mit Blick auf die Übernahme gekündigt werden, was – Missbrauch vorbehalten – zulässig sei (BGE 137 III 487 E. 4.5.2 S. 494 f., m.Hw. auf 136 III 552 E. 3.3 S. 559). Sodann könne der Erwerber das nicht beendete bzw. übergegangene Arbeitsverhältnis kündigen. Mit Blick auf den in Art. 333 OR vorgesehenen Übergang des Arbeitsverhältnisses seien keine triftigen Anhaltspunkte ersichtlich, welche dem Zweck der Bestimmung geradezu zuwiderlaufen würden und diese Wirkung des Betriebsübergangs aufgrund teleologischer Reduktion in der Nachlassstundung ausgeschlossen werden müsse (BGE 137 III 487 E. 4.5.2 S. 495, m.Hw. auf BGE 129 III 335 E. 5.8 S. 349). Die Folge davon sei, dass der bisherige Arbeitgeber nach Art. 333 Abs. 3 OR – d.h. unter anderem für alle nach dem Übergang bis zu dem Zeitpunkt fällig werdenden Forderungen, auf den das Arbeitsverhältnis ordentlicherweise beendet werden könnte – hafte. Ausdrücklich offen liess das Bundesgericht demgegenüber die Frage, ob die Solidarhaftung des Erwerbers bei einem Betriebsübergang in der Nachlassstundung zum Tragen komme oder – wie im Konkurs (BGE 129 III 335) – nicht (BGE 137 III 487 E. 4.8 S. 496 f.).

Ob diese Erörterungen zur Begründung der Weiterhaftung der Swissair notwendig waren, ist fraglich. Im Grunde drückt Art. 333 Abs. 3 OR, soweit es um die Haftung des bisherigen Arbeitgebers geht, etwas Selbstverständliches aus, das auch ohne diese ausdrückliche Regelung gelten würde. Dass sich der Arbeitgeber mit einer

Übertragung des Betriebes auf einen andern seiner Verpflichtungen aus dem Arbeitsvertrag nicht einfach entledigen kann, liegt auf der Hand. Schon nach allgemeinen Grundsätzen haftet daher der alte Arbeitgeber für alle Verpflichtungen, die sich aus dem Arbeitsvertrag ergeben, auch nach einem Betriebsübergang (a.M. wohl BSK OR I-PORTMANN, Art. 333 N 34, und ISABELLE WILDHABER, Das Arbeitsrecht bei Umstrukturierungen, S. 442, denen zufolge die eigentliche Bedeutung von Art. 333 Abs. 3 OR darin liege, die Forthaftung des Veräusserers zu begründen). Nur in zwei Punkten enthält Art. 333 Abs. 3 OR Besonderheiten, was die Haftung des bisherigen Arbeitgebers betrifft: Zum einen findet diese ihre Grenze auf den Zeitpunkt der (erstmaligen) *Kündbarkeit* des Arbeitsvertrages; eine effektive Kündigung durch den alten Arbeitgeber – die ja nicht im Interesse des Arbeitnehmers läge – ist nicht erforderlich. Zum andern handelt es sich bei Art. 333 Abs. 3 OR um eine relativ zwingende Norm (Art. 362 OR). Demgemäss kann der Arbeitnehmer vertraglich nicht auf die Weiterhaftung des alten Arbeitgebers verzichten. In casu spielten diese Aspekte jedoch keine Rolle, da die Swissair den Arbeitsvertrag noch vor Betriebsübergang gekündigt hatte und ein Verzicht des Arbeitnehmers auf die Haftung gegenüber der Swissair nicht zur Debatte stand. Unter diesen Umständen hätte das Bundesgericht die Grundsatze Frage, ob bei einem Betriebsübergang in der Nachlassstundung ein Arbeitsverhältnis (hier in gekündigtem Zustand) auf den Erwerber übergeht, eigentlich offenlassen können.

Nun könnte man natürlich den Entscheid des Bundesgerichts begrüssen, weil damit immerhin ein weiteres Problem im Zusammenhang mit der Frage der Anwendbarkeit von Art. 333 OR in Insolvenzverfahren geklärt wurde. Von grosser Tragweite dürfte diese Klärung für die Zukunft allerdings nicht sein. Am 21. Juni 2013 verabschiedeten die eidgenössischen Räte im Rahmen einer umfassenden Neuerung des Sanierungsrechts – auch dies im Gefolge des Swissair-Groundings – eine wichtige SchKG-Revision (siehe die Referendumsvorlage in BBl 2013, 4747 ff.; Näheres dazu bei DANIEL HUNKELER, Neues Sanierungsrecht verabschiedet – voraussichtliches Inkrafttreten bereits am 1. Januar 2014, in: Jusletter vom 8. Juli 2013). Im Zuge dieser Revision wird ein neuer Art. 333b ins OR eingefügt, der folgenden Wortlaut hat (BBl 2013, 4759): «Wird der Betrieb oder der Betriebsteil während einer Nachlassstundung, im Rahmen eines Konkursverfahrens oder eines Nachlassvertrages mit Vermögensabtretung

übertragen, so geht das Arbeitsverhältnis mit allen Rechten und Pflichten auf den Erwerber über, *wenn dies mit dem Erwerber so vereinbart wurde* und der Arbeitnehmer den Übergang nicht ablehnt. Im Übrigen *gelten die Artikel 333, ausgenommen dessen Absatz 3, und 333a sinngemäss* (Hervorhebungen hinzugefügt). Das neue Recht, das voraussichtlich am 1. Januar 2014 in Kraft treten wird, hält damit ein Referendum gegen die Revision ergriffen wird, hält damit klar fest, dass die Arbeitsverhältnisse bei Betriebsübergängen in Insolvenzverfahren nur noch dann auf den Erwerber übergehen, wenn dieser zustimmt. Dabei kann der Erwerber sogar selektiv vorgehen, d. h., er kann entscheiden, welche Arbeitsverhältnisse er übernehmen will und welche nicht (HUNKELER, a. a. O., Rz. 11 [«cherry picking»]). Mit dem zweiten Satz des neuen Art. 333b OR soll nach dem ausdrücklichen Willen des Gesetzgebers (vgl. dazu statt aller etwa die diversen Voten im Nationalrat in der Vormittagsitzung vom 19. Juni 2013, AB 2013 N 1059 ff.) *für den Fall der Übernahme von Arbeitsverhältnissen durch den Erwerber klargestellt werden, dass dieser für vor dem Übergang fällig gewordene Forderungen nicht solidarisch haftet* (HUNKELER, a. a. O., Rz. 11). Gesetzestechnisch ist diese Bestimmung mit der Wendung «ausgenommen dessen Absatz 3» allerdings verunglückt, enthält doch Art. 333 Abs. 3 OR wie erwähnt auch einen Hinweis auf die Weiterhaftung des bisherigen Arbeitgebers. Aufgrund der Beratungen im Nationalrat dürfte indessen klar sein, dass damit nur (aber immerhin) die Solidarhaftung des Erwerbers, nicht jedoch die Weiterhaftung des alten Arbeitnehmers entfallen soll. Damit dürfte auch die in der Literatur zum Teil diskutierte Frage, dass sich die Solidarhaftung des Erwerbers nicht primär auf Art. 333 Abs. 3 OR, sondern auf Art. 333 Abs. 1 OR stütze (STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, Art. 333 N 7 S. 836; BSK OR I-PORTMANN, Art. 333 N 11 und N 34; WILDHABER, a. a. O., 442), hinfällig werden.

Wenn das neue Recht in Kraft tritt – womit mit grosser Wahrscheinlichkeit zu rechnen ist –, wird die mit dem hier besprochenen Urteil eingeleitete Praxis des Bundesgerichts nur noch für altrechtliche Fälle massgebend sein, d. h. für Fälle, bei denen das Gesuch um Nachlassstundung vor Inkrafttreten des neuen Rechts eingereicht wurde (vgl. dazu die Übergangsbestimmung in der Gesetzesnovelle, BBl 2013, 4758).

Mit dem Inkrafttreten des neuen Rechts werden auch die oben skizzierten und weitere offene Fragen (Anwendung von Art. 333 OR

im Konkurs; Anwendung von Art. 333 OR beim Nachlassvertrag mit Vermögensabtretung; Solidarhaftung des Erwerbers bei einem Betriebsübergang in der Nachlassstundung) geklärt. Diese Lücken werden nur noch für altrechtliche Fälle theoretisch von Bedeutung sein. Praktisch wird man aber wohl mit hoher Wahrscheinlichkeit davon ausgehen können, dass das Bundesgericht gegebenenfalls altrechtliche Fälle im Sinne des neuen Rechts entscheiden, *diesem also gleichsam Vorwirkung zugestehen wird* (so tendenziell bereits BGE 129 III 335 E. 7 S. 352 und dazu TH. KOLLER, a. a. O., ZBJV 2004, 534).

Bemerkenswert am hier besprochenen Urteil mag sodann – soweit die Erwägungen zu Art. 333 OR betroffen sind – noch ein weiterer Punkt sein. Mit dem heute geltenden Art. 333 OR hat der Gesetzgeber 1993 EU-Recht autonom nachvollzogen. Bei der Auslegung dieser Bestimmung hat daher das Bundesgericht immer auch das entsprechende EU-Recht mitberücksichtigt (sogenannte «europarechtskonforme Auslegung» [dazu grundlegend etwa BK-EMMENEGGER/TSCHENTSCHER, Art. 1 ZGB N 300 ff.]), konkret die 1993 geltende Richtlinie 77/187 des EWG-Rates vom 14. Februar 1977 (ABl. L 61 vom 5. März 1977, 26 ff.), aber auch die später diese Richtlinie ersetzende Richtlinie 2001/23/EG vom März 2001 (ABl. L 82 vom 22. März 2001, 16 ff.; siehe dazu besonders BGE 129 III 335 E. 6 S. 350 ff.). In casu nimmt das Bundesgericht nur noch Bezug auf die neuere (also nach Art. 333 OR erlassene) Richtlinie (BGE 137 III 487 E. 4.6 S. 495 f.). *Damit scheint das Bundesgericht seine Tendenz zu einer «dynamischen Harmonisierung»* (ERNST A. KRAMER, Juristische Methodenlehre, 3. Aufl. Bern/München/Wien 2010, 300; siehe auch BK-EMMENEGGER/TSCHENTSCHER, Art. 1 ZGB N 302) fortzusetzen.

Sodann hatte das Bundesgericht zu klären, für welchen Zeitraum die Haftung der Swissair als alter Arbeitgeberin nach dem Betriebsübergang andauerte. Aufgrund einer Auslegung der massgebenden Bestimmungen des GAV kam das Bundesgericht übereinstimmend mit dem Liquidator und den Vorinstanzen (aber anders als der Beschwerdeführer) zur Auffassung, dass der Arbeitsvertrag mit X unter Einhaltung einer Frist von sechs Monaten auf Ende September 2002 hätte gekündigt werden können und dass daher dem Beschwerdeführer gegen die Swissair für die Zeit ab 1. Oktober 2002 keine Ansprüche mehr zustünden (BGE 137 III 487 E. 6 S. 498 ff.).

Als Letztes musste das Bundesgericht noch über das Eventualbegehren des Beschwerdeführers auf Ausrichtung einer Abfindung in

Höhe eines Jahressalärs befinden. Auch diesem Begehren war kein Erfolg beschieden. Das Arbeitsverhältnis war am 31. März 2002 – in gekündigtem Zustand – auf die Swiss übergegangen. Mit dem anschliessend zwischen der Swiss und X geschlossenen Vertrag wurde nach Auffassung des Bundesgerichts die *Kündigung einvernehmlich rückgängig gemacht und damit das bisherige Arbeitsverhältnis, wenn auch zu anderen Konditionen, weitergeführt*, also nicht (im engeren Sinne) ein neues Arbeitsverhältnis begründet. Mangels Beendigung des Arbeitsverhältnisses stand somit dem Beschwerdeführer keine Abfindung zu (BGE 137 III 487 E. 7 S. 501 f.). Hier nur war die (vom Bundesgericht weiter vorn beurteilte) Frage entscheidend, ob bei einer Betriebsübertragung in der Nachlassstundung die Arbeitsverhältnisse auf den neuen Arbeitgeber übergehen oder nicht. Hätte das Bundesgericht diese Frage anders entschieden, so hätte der zwischen der Swiss und X geschlossene Vertrag auf keinen Fall als Fortsetzung des bisherigen Arbeitsvertrages interpretiert werden können. Eine andere Frage ist es, ob es richtig war, in casu von einer Weiterführung des bisherigen Arbeitsvertrages zu sprechen. Immerhin erscheint es als zweifelhaft, ob man von einer einverständlichen Rücknahme einer ausgesprochenen Kündigung sprechen kann, wenn der Betriebsübernehmer mit dem Arbeitnehmer auf den Zeitpunkt des Betriebsübergangs (also ohne Einhaltung der Frist für eine Änderungskündigung) einen neuen Vertrag zu schlechteren Bedingungen schliesst. Ob zu mindest das Ergebnis in casu vertretbar ist, lässt sich aufgrund der lückenhaften Angaben im Sachverhalt des Urteils nicht beurteilen. Die Vorinstanz hatte überzeugend erwogen, die im GAV vorgesehene Abfindung bezwecke, das Risiko des Betroffenen abzugelten, *falls dieser nach einer Kündigung nicht sogleich oder keinen neuen gleichwertigen Vertrag abschliessen könne* (BGE 137 III 487 E. 7.1 S. 501). Das hätte im Grunde eine Prüfung der Frage verlangt, ob der neue Vertrag mit dem alten gleichwertig war. Dazu fehlen aber jegliche Erwägungen. Immerhin scheint die Lohndifferenz mehr als Fr. 600.– pro Monat betragen zu haben. Ob damit von Gleichwertigkeit gesprochen werden kann, ist fraglich.

Zum Schluss noch ein Hinweis: Betriebsübertragungen bieten nicht nur an den Schnittstellen zum Insolvenzrecht interessante Probleme, sondern auch an den Schnittstellen zu anderen Teilrechtsordnungen, wie z. B. dem Berufsvorsorgerecht. Ein schönes Beispiel dafür findet sich in BGE 137 V 463 (9C_540/2010).

III. Massenentlassung; Mindestbetriebsgrösse; kein «Durchgriff» im Konzern (Art. 335d ff. OR)

BGE 137 III 27 (4A_449/2010) = Pra 2011 Nr. 62 S. 445 ff.

Die in der Luxusuhrenbranche tätige Gruppe G (Groupe Franck Muller Watchland SA) besteht aus sechs Aktiengesellschaften. Aufgrund wirtschaftlicher Schwierigkeiten führte die Gruppe in den Monaten April und Juni 2009 zwei Massenentlassungsverfahren gemäss Art. 335d ff. OR durch, wobei im ersten Verfahren Entlassungen in zwei Konzerngesellschaften und im zweiten Verfahren Entlassungen in allen sechs Konzerngesellschaften ausgesprochen wurden. Im Anschluss an die zweite Massenentlassung klagte die involvierte Gewerkschaft bei der *Chambre des relations collectives de travail* du canton de Genève gestützt auf Art. 15 des Bundesgesetzes über die Information und Mitsprache der Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer in den Betrieben vom 17. Dezember 1993 (Mitwirkungsgesetz; SR 822.14) gegen alle sechs Gruppengesellschaften auf Feststellung, dass die beiden Massenentlassungsverfahren nicht korrekt durchgeführt worden seien. Das Genfer Gericht hatte diese Klage mit Entscheid vom 15. Juni 2010 im Wesentlichen gutgeheissen. Gegen dieses Urteil erhoben die sechs Gruppengesellschaften Beschwerde in Zivilsachen. Das Bundesgericht hiess die Beschwerde von zwei Gruppengesellschaften gut und wies demgemäss die Feststellungsklage der Gewerkschaft gegen diese Gesellschaften ab, während es die Beschwerde der andern vier Gruppengesellschaften abwies (siehe dazu die Kurzhinweise bei THOMAS GABATHULER/IRÈNE SPIRIG, plädoyer 3/11, 53 ff., 55, THOMAS GEISER, AJP 2012, 111 ff., 114 f., und THOMAS GEISER/BENEDIKT HÄFLIGER, SJZ 2012, 351 ff., 353).

Die zwei obsiegenden Gruppengesellschaften verfügten vor der zweiten Entlassungswelle bloss über sechs bzw. 15 Arbeitnehmer, die andern vier Gesellschaften dagegen je über mehr als 20 Angestellte. Gemäss Art. 335d Ziff. 1 OR gelten Kündigungen als Massenentlassung, die der Arbeitgeber innert 30 Tagen in einem Betrieb aus Gründen ausspricht, die in keinem Zusammenhang mit der Person des Arbeitnehmers stehen und von denen mindestens 10 Arbeitnehmer in Betrieben betroffen sind, *die in der Regel mehr als 20 und weniger als 100 Arbeitnehmer beschäftigen*. Art. 335d Ziff. 2 und 3 OR regeln

demgegenüber Massenentlassungen in Betrieben mit mindestens 100 bzw. 300 Arbeitnehmern. Das Bundesgericht leitete aus diesen Bestimmungen unter Berufung auf deren Entstehungsgeschichte sowie auf die herrschende Lehre in einem ersten Schritt ab, dass die Regeln über das Verfahren bei einer Massenentlassung auf Betriebe mit weniger als 21 Arbeitnehmern keine Anwendung finden (BGE 137 III 27 E. 3.2 S. 30).

In einem zweiten Schritt setzte sich das Bundesgericht mit der massgebenden Bezugsgrösse auseinander. Art. 335d Ziff. 1 bis 3 OR sprechen von «Betrieben» («établissements»; «stabilimenti»). Gemäss Lehre, der sich das Bundesgericht anschloss, ist unter einem Betrieb eine organisierte Einheit zu verstehen, die über Personal sowie materielle und immaterielle Güter verfügt, welche die Erfüllung eines arbeitstechnischen Zwecks erlauben. Ein Unternehmen kann mehrere Betriebe in diesem Sinn aufweisen. Ob eine Massenentlassung gemäss Art. 335d OR vorliegt, beurteilt sich diesfalls nach jedem Betrieb getrennt und nicht im Hinblick auf das Unternehmen als Ganzes. Gemäss Autorien wollen allerdings von dieser Regel eine Ausnahme machen, wenn die Betriebe (geografisch) nahe beieinander liegen, sodass von einem einheitlichen Standort gesprochen werden kann (BGE 137 III 27 E. 3.2 S. 31, m. Nw.). Selbst wenn man aber – so das Bundesgericht – dieser Auffassung folgen wollte, würde das im vorliegenden Fall nicht helfen. Denn die Beschwerdeführerinnen, welche die Gruppe G bilden, seien eigenständige Aktiengesellschaften, und jede Gesellschaft sei Arbeitgeberin ihrer Mitarbeiter. Unter diesen Umständen sei es nicht möglich, die Gruppe als Bezugsgrösse für die Frage zu nehmen, ob eine Massenentlassung vorliege. Jede Gruppengesellschaft müsse für sich betrachtet werden. Die gegenteilige Auffassung der Vorinstanz verletze daher Bundesrecht (BGE 137 III 27 E. 3.3 S. 31).

Die Vorinstanz hatte ihren Entscheid (auch) auf Art. 2 des Genfer Règlement d'application de la loi concernant la Chambre des relations collectives de travail (RCRCT) vom 7. Juli 1999 gestützt. Gemäss Abs. 1 dieser Bestimmung wird eine Streitigkeit als kollektivarbeitserichtlich betrachtet, wenn wenigstens sechs Arbeitnehmer direkt betroffen sind, wobei nach Abs. 2 bei wichtigen Gründen gar von dieser Regel abgewichen werden kann. Die Anwendung kantonalen Rechts war hier indessen nicht zugänglich, weil damit der Grundsatz des Vorrangs des Bundesrechts (Art. 49 BV) verletzt wurde (BGE 137 III 27 E. 3.3 S. 32).

Gegen den Standpunkt des Bundesgerichts, das Verfahren bei einer Massenentlassung finde auf Betriebe mit weniger als 21 Arbeitnehmern keine Anwendung, ist – zumindest dem Grundsatz nach – nichts einzuwenden, erwähnt doch Art. 335d OR ausdrücklich bloss Betriebe mit mehr als 20 Angestellten (gl. M. STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, Art. 335d N 7; a. M. vor BGE 137 III 27 BRUNNER/BÜHLER/WAEBER/BRUCHEZ, Art. 335d N 3). Ganz präzise ist der Entscheid in diesem Punkt allerdings nicht. Art. 335 d Ziff. 1 OR spricht von Betrieben, die «in der Regel mehr als 20 ... Arbeitnehmer beschäftigen». Bei schwankender Betriebsgrösse ist hier eine Durchschnittsberechnung erforderlich, die nicht unbedingt zu einer ganzen Zahl führen muss. Für die Anwendung der Bestimmungen über die Massenentlassung muss es diesfalls genügen, dass diese Durchschnittszahl über 20 liegt (STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, Art. 335d N 7). Darüber war in casu jedoch nicht zu befinden.

Heikler zu beurteilen ist die Frage, ob es sachgerecht ist, Gruppengesellschaften bei Massenentlassungen nicht als Ganzes zu betrachten. Die Auffassung des Bundesgerichts hat den Vorteil der Einfachheit und Klarheit für sich. Zudem fügt sie sich relativ harmonisch in das schweizerische Gesellschaftsrecht ein, das eine konzernrechtliche Betrachtungsweise nur in Ausnahmefällen kennt (so etwa im Rechnungslegungsrecht [Art. 663e OR]; vgl. zum schweizerischen Konzernrecht insgesamt etwa ROLAND VON BÜREN/WALTER A. STOFFEL/ROLF H. WEBER, Grundriss des Aktienrechts, 3. Aufl. Zürich/Basel/Genf 2011, N 1552 ff.). Im Gegenzug wirkt die Begründung des Bundesgerichts allerdings ziemlich formal (ähnlich GEISER, a. O., 115, und GEISER/HÄFLIGER, a. O., 353). Die vom Bundesgericht vertretene Auffassung kann zu einem fragwürdigen Ergebnis führen, wie der vorliegende Fall zeigt: Die verschiedenen Gruppengesellschaften werden gemeinsam verwaltet und arbeiten am gleichen Standort eng zusammen. Zudem wurde der Entscheid zur Umstrukturierung offenbar auf Konzernebene gefällt. Unter diesen Umständen wäre im Grunde eine Gesamtbetrachtung, wie sie die Vorinstanz vorgenommen hat, sachgerechter (im gleichen Sinne wohl COMMENTAIRE STÄMPFLI-BRUCHEZ, Art. 335d N 12 in fine). Da der Begriff «Betrieb» in Art. 335d OR nicht an eine bestimmte Rechtsform anknüpft, sondern wie dargelegt wirtschaftlich zu verstehen ist, wäre eine solche «gesellschaftsübergreifende» Betrachtungsweise mit dem Gesetzeswortlaut ohne Weiteres vereinbar.

In der nicht amtlich publizierten E. 5 des Urteils legte das Bundesgericht (in Übereinstimmung mit der Vorinstanz) dar, inwiefern die übrigen vier Groupengesellschaften, die Art. 335d ff. OR unterliegen, das Massenentlassungsverfahren nicht korrekt durchgeführt haben. *Massenentlassungen fordern eine Zusammenarbeit zwischen dem Arbeitgeber einerseits und der Arbeitnehmervertretung bzw. den Arbeitnehmern andererseits, die auf dem Prinzip von Treu und Glauben beruht und ernsthaft zu führen ist.* Der Arbeitgeber hat die Vorschläge der Arbeitnehmer zu prüfen und darf das Verfahren nicht bloss formell in Gang setzen, obwohl für ihn bereits feststeht, dass er auf Vorschläge der Gegenseite nicht eintreten wird (E. 5.2, m. Hw.; siehe dazu auch BGE 137 III 162 [unten Ziff. IV]). Da die Arbeitgeber (bzw. eben die Konzernleitung!) im vorliegenden Fall im Wesentlichen bereits alles entschieden hatten, bevor sie das Massenentlassungsverfahren einleiteten, verstiessen sie klar gegen diesen Grundsatz (E. 5.3 und E. 5.4). Daher war die Beschwerde dieser vier Groupengesellschaften abzuweisen.

Nicht zu befinden war im Rahmen dieser Feststellungsklage der Gewerkschaft über das Schicksal der Kündigungen dieser vier Groupengesellschaften. Der Fall ist jedoch klar: Diese Kündigungen sind zwar wirksam, aber missbräuchlich (Art. 336 Abs. 2 lit. c OR; STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, Art. 336 N 13; vgl. dazu auch BGE 137 III 162 E. 1.2 S. 165 [siehe unten Ziff. IV.] sowie 123 III 176 E. 4b S. 181 f.). Ob die betroffenen Arbeitnehmer ihre Ansprüche auf eine Entschädigung bis zu zwei Monatslöhnen (Art. 336a Abs. 3 OR) fristgerecht geltend gemacht haben (Art. 336b OR), ist mir nicht bekannt.

IV. Massenentlassung; zweckdienliche Auskünfte (Art. 335f OR)

BGE 137 III 162 (4A_483/2010)

Da die A AG (d.h. die Borregaard AG in Riedholz SO [Beschwerdegegnerin]) beabsichtigte, ihren Betrieb in L aus wirtschaftlichen Gründen zu schliessen, eröffnete sie am 26. September 2008 gegenüber der Arbeitnehmervertretung, darunter die Gewerkschaft X (d.h. die Unia [Beschwerdeführerin]), das Konsultationsverfahren

nach Art. 335f OR (vgl. zu den Namen der Prozessbeteiligten Jurius, in Jusletter vom 4. April 2011, sowie STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, Art. 335f N 5). In ihrem Brief beschrieb sie unter anderem die Modalitäten der beabsichtigten Betriebsschliessung, erklärte sich bereit, an einer Sitzung mit den Sozialpartnern weitere zweckdienliche Auskünfte zu erteilen, und setzte das Ende der Konsultationsfrist auf den 24. Oktober 2008 fest. Auf Arbeitnehmerseite fand erst am 7. Oktober 2008 eine Auftakt Sitzung statt. Am 8. Oktober 2008 legte die von den Arbeitnehmern gebildete Verhandlungsgemeinschaft ihre Fragen in Schriftform vor. Die A AG verlangte zuerst, die Verhandlungsgemeinschaft müsse eine Geheimhaltungserklärung unterzeichnen, und wollte ihre Antworten zunächst nur mündlich geben. Am Abend des 20. Oktober 2008 beantwortete sie dann aber alle gestellten Fragen schriftlich, teilweise allerdings nicht sehr aussagekräftig. In der Folge nahm sie mit Interessenten, welche die Verhandlungsgemeinschaft benannt hatten, Übernahmeverhandlungen auf. Eine Lösung aber wurde nicht gefunden.

Da die Gewerkschaft X der Auffassung war, die A AG habe die Mitwirkungsrechte der Arbeitnehmervertretung gemäss Art. 10 lit. c des Bundesgesetzes über die Information und Mitsprache der Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer in den Betrieben vom 17. Dezember 1993 (Mitwirkungsgesetz; SR 822.14) in Verbindung mit Art. 335f OR verletzt, erhob sie eine entsprechende Feststellungsklage, der jedoch sowohl vor den kantonalen Instanzen wie auch vor Bundesgericht kein Erfolg beschieden war (vgl. dazu die Kurzhinweise bei THOMAS GEISER, AJP 2012, 111 ff., 115, THOMAS GEISER/BENEDIKT HÄFLIGER, SJZ 2012, 351 ff., 353 f., STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, Art. 335f N 5, und PORTMANN/STÖCKLI, Rz. 738 f., sowie die ausführliche Besprechung des vorinstanzlichen Urteils und des Bundesgerichtsurteils von LAURA WIDMER/MATTHEW REITER, AJP 2011, 1103 ff.).

Gemäss Art. 335f Abs. 3 OR hat der Arbeitgeber der Arbeitnehmervertretung bestimmte (dort aufgeführte) Informationen schriftlich zu liefern und darüber *hinaus alle zweckdienlichen Auskünfte zu erteilen*. Vor Bundesgericht hat die Beschwerdeführerin nicht mehr substantiiert bestritten, dass die Beschwerdegegnerin die in Art. 335f Abs. 3 OR konkret aufgeführten Informationen in ihrem Schreiben vom 26. September 2008 geliefert hatte. *Im Zentrum des Verfahrens stand nur noch die Frage, welche weiteren Auskünfte zweckdienlich im Sinne dieser Bestimmung sind.*

Die Gewerkschaft X vertrat die Auffassung, sämtliche Informationen würden davon erfasst, die für die Arbeitnehmervertretung für die Erarbeitung von Vorschlägen, wie die Kündigungen vermieden oder deren Zahl beschränkt sowie ihre Folgen gemildert werden könnten (Art. 335f Abs. 2 OR), eventuell hilfreich sein könnten. Die Zweckdienlichkeit der erbetenen Auskünfte sei zukunftsorientiert offen zu beurteilen, nicht ex post anhand der konkreten Vorschläge, welche die Verhandlungsgemeinschaft schliesslich präsentiert habe. Teilweise gab das Bundesgericht der Auffassung der Gewerkschaft Recht. Die Zweckdienlichkeit der dem Arbeitgeber unterbreiteten Fragen könne nicht allein mit Blick auf die dem Arbeitgeber tatsächlich vorgeschlagenen Projekte beurteilt werden. Gerade Informationen, die sich für die Ausarbeitung von zusätzlichen Vorschlägen als notwendig erweisen würden, seien zweckdienlich. Entgegen der Auffassung der Beschwerdeführerin könne aber für die *Annahme einer Verletzung der Mitwirkungsrechte und für die Missbräuchlichkeit der Kündigung nicht genügen, dass nicht oder nicht hinreichend beantwortete Fragen ex ante betrachtet theoretisch hätten zweckdienlich sein können*. Das Feld der Informationen, die ex ante betrachtet theoretisch einmal zweckdienlich sein könnten, sei praktisch unbegrenzt. Stelle sich im Nachhinein heraus, dass die nachgesuchte Auskunft den Arbeitnehmern im konkreten Fall nicht erlaubt hätte, andere oder verbesserte Lösungen vorzuschlagen, seien die Möglichkeiten, Alternativlösungen zu suchen, durch das Vorenthalten der Information nicht beeinträchtigt und die Mitwirkungsrechte der Arbeitnehmer im Ergebnis nicht verletzt worden. Werde der Arbeitgeber wahllos mit allen Fragen überhäuft, die ex ante betrachtet für die Ausarbeitung von Projekten theoretisch hilfreich sein könnten, verursache dies unnötigen Aufwand und könne zu Verzögerungen bei der Erteilung der Auskünfte führen. Ein Verhalten nach Treu und Glauben gebiete vielmehr, sich zunächst auf die für die Auswahl Erfolg versprechender Projekte notwendigen Informationen zu konzentrieren und nur diejenigen Zusatzauskünfte zu verlangen, die für die Ausarbeitung dieser Projekte konkret benötigt würden (BGE 137 III 162 E. 2.1.1 S. 166 f.). Zur Begründung einer Verletzung der Mitwirkungsrechte zufolge mangelhafter Auskunftserteilung, soweit diese über die obligatorische gemäss Art. 335f Abs. 3 lit. a–d OR hinausreiche, sei es daher unerlässlich, aufzuzeigen, inwiefern die verlangten Informationen konkret zur Ausarbeitung weiterer oder zur Verbesserung bestehender Vorschläge hätten dienen

können. Das habe die Beschwerdeführerin unterlassen, weshalb sie keine Bundesrechtsverletzung der Vorinstanz aufzuzeigen vermöge (BGE 137 III 162 E. 2.1.1 S. 167).

In der Folge setzte sich das Bundesgericht mit weiteren Vorbringen der Beschwerdeführerin auseinander, so insbesondere mit dem Einwand, die (angeblich ungenügende) schriftliche Information sei sehr spät erfolgt. Dem hielt das Bundesgericht entgegen, dass bis zur ersten Sitzung der Verhandlungsgemeinschaft elf Tage verstrichen waren und dass die Verhandlungsgemeinschaft selber durch ihr nachfolgendes Verhalten nicht zu einer speditiven Behandlung der Fragen beigetragen habe. Ausschlaggebend sei indessen, dass nach den Feststellungen der Vorinstanz aufgrund der grossen Spezialisierung des zu schliessenden Betriebes realistischerweise keine anderen Vorschläge oder Übernahmekandidaten als die der Beschwerdegegnerin schliesslich unterbreiteten in Betracht gekommen seien. Diese habe die Beschwerdegegnerin aber ausnahmslos geprüft. Es sei nicht festgestellt und auch nicht behauptet, dass eine Übernahme an der mangelnden Kooperation der Beschwerdegegnerin gescheitert sei (BGE 137 III 162 E. 2.3. S. 168 f.).

Eine korrekte Durchführung des Verfahrens nach Art. 335d OR ff. ist nicht nur für die Arbeitnehmer, sondern auch für den Arbeitgeber von grosser Bedeutung. Führt dieser das Verfahren zwar durch, aber nicht vorschriftsgemäss, so sind die vom Arbeitgeber ausgesprochenen Kündigungen missbräuchlich (Art. 336 Abs. 2 lit. d OR; BGE 137 III 162 E. 1.2 S. 165; 123 III 176 E. 4b S. 181 f.; PORTMANN/STÖCKLI, Rz. 739; siehe auch oben Ziff. III.). Jeder betroffene Arbeitnehmer hat dann das Recht, eine Rechtsverletzungsbusse in der Höhe von bis zu zwei Monatslöhnen zu verlangen (Art. 336a Abs. 3 OR). Bei einer grossen Zahl von Entlassungen kann das für den Arbeitgeber eine beträchtliche Summe ausmachen. Daher ist es (auch und gerade) für Arbeitgeber wichtig, zu wissen, welche Pflichten im Rahmen eines solchen Massenentlassungsverfahrens zu berücksichtigen sind (vgl. dazu auch die Hinweise bei STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, Art. 336 N 13). Diese konkret festzulegen, ist im Hinblick darauf, dass das Massenentlassungsverfahren in Art. 335d ff. OR nur rudimentär geregelt ist, nicht ganz einfach (einschliesslich zum Verfahren etwa COMMENTAIRE STÄMPFLI-BRUCHEZ/DONATIELLO, Art. 335f N 9 ff.). Das hier diskutierte Urteil ist in diesem Zusammenhang zu sehen.

Ausgangspunkt aller Überlegungen muss der Zweck des in Art. 335d ff. OR normierten Verfahrens sein. Den Arbeitnehmern bzw. ihrer Vertretung soll das Verfahren (zumindest) ermöglichen, dem Arbeitgeber Vorschläge zu unterbreiten, wie die Kündigungen vermieden oder deren Zahl beschränkt sowie ihre Folgen gemildert werden können (Art. 335f Abs. 3 OR). Dieser Zweck kann nur erreicht werden, wenn das Konsultationsrecht der Arbeitnehmer bzw. ihrer Vertretung als *eigentliches Mitspracherecht* und *nicht bloss als Anhörungsrecht aufgefasst wird* (WIDMER/REITER, a. a. O., 1103; PORTMANN/STÖCKLI, Rz. 739; einlässlich dazu STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, Art. 335f N 3, m. Nw. und spez. auch m. Hw. auf abweichende Meinungen in der Lehre). Zumindest indirekt ergibt sich dies nun auch aus dem hier besprochenen Entscheid, indem das Bundesgericht unter Berufung auf seine frühere Rechtsprechung bestätigt, dass die Arbeitnehmer die Möglichkeit haben sollen, den Arbeitgeber zu veranlassen, von ihnen vorgeschlagene Massnahmen zu prüfen, bevor sich dieser endgültig zu einer Massnahmenentscheidung und dass die Konsultation so frühzeitig einzuleiten ist, dass sie abgeschlossen werden kann, bevor er sich endgültig entscheidet, ob und in welcher Form er die in Aussicht genommene Massnahmenentscheidung vor nimmt (BGE 137 III 162 E. 1.1 S. 164, unter Berufung auf 123 III 176 E. 4a S. 180 f.; siehe auch 130 III 102 E. 4.2 S. 109 f. sowie oben Ziff. III.). Zwar ist – so das Bundesgericht – der Arbeitgeber nicht verpflichtet, die Lösungsvorschläge der Arbeitnehmer zu verwirklichen, aber er ist auf jeden Fall gehalten, die *Lösungsvorschläge seriös zu prüfen und mit den Arbeitnehmern bzw. ihrer Vertretung basierend auf dem Grundsatz von Treu und Glauben zusammenzuarbeiten* (BGE 137 III 162 E. 1.1 S. 164, m. Nw.). Sinnvoll ausüben können die Arbeitnehmer dieses Mitspracherecht nur, wenn sie über hinreichende Informationen über die Hintergründe der vom Arbeitgeber ins Auge gefassten Massnahmen verfügen und wenn ihnen eine angemessene lange Konsultationsfrist eingeräumt wird. Das gilt es beim Entscheid über die Fragen zu beachten, was – über die in Art. 335f Abs. 4 lit. a–d OR konkret aufgeführten (Mindest-)Informationen hinaus – als «zweckdienliche Auskünfte» zu gelten hat und wie lange die Konsultationsfrist dauern soll (ähnlich GEISER, a. a. O., 115, sowie GEISER/HÄFLIGER, a. a. O., 354). Selbstverständlich sind dabei aber auch die Interessen des Arbeitgebers – wie z. B. Geheimhaltungsinteressen, das Interesse an einer zügigen Durchführung des Verfahrens,

das Interesse an einer vernünftigen Begrenzung des mit der Auskunftserteilung verbundenen Aufwandes – zu berücksichtigen.

Eine solche Interessenabwägung hat das Bundesgericht im besprochenen Urteil vorgenommen, und zwar soweit ersichtlich in sachlich auf jeden Fall vertretbarem Rahmen (so auch WIDMER/REITER, a. a. O., mit einlässlicher Begründung unter Bezugnahme auf das vorinstanzliche Urteil). Immerhin scheint das Begehren der Beschwerde führenden Gewerkschaft um weitere Auskünfte doch recht «ausufernd» gewesen zu sein. Ob aus diesem Urteil für andere Fälle viel abgeleitet werden kann, mag allerdings fraglich sein. Der zu schliessende Betrieb wies – als Zellulosefabrik (vormals Cellulose Attisholz AG, dann Borregaard AG) – offenbar eine grosse Spezialisierung auf, sodass im Rahmen des Konsultationsverfahrens nicht sehr viele realistische Vorschläge i. S. v. Art. 335f Abs. 3 OR möglich waren (BGE 137 III 162 E. 2.3 S. 168 f.). In solchen Situationen ist das Mitspracherecht der Arbeitnehmer im Massnahmenentscheidungsverfahren naturgemäss bloss von geringem Wert. So verloren 440 Mitarbeiter ihren Arbeitsplatz, und es entstand eine der grössten Industriebrachen der Schweiz, die gemäss Medienmitteilungen jedenfalls im Januar 2013 immer noch ungenutzt blieb.

V. Gemeinsame Durchführung eines Gesamtarbeitsvertrages; Konventionalstrafe; Aktivlegitimation eines GAV-Kontrollorgans (Art. 357b OR)

BGE 137 III 556 (4A_301/2011)

Erneut hatte sich das Bundesgericht mit der Frage der *Aktivlegitimation eines Vereins* zu befassen, welcher Ansprüche aus einem allgemein verbindlich erklärten Gesamtarbeitsvertrag (GAV) gegen einen Arbeitgeber geltend machte, der selber nicht Partei des GAV ist (vgl. zu diesem Problemkreis schon BGE 134 III 541 und dazu THOMAS KOLLER/MICHAEL S. GRABER, ZBJV 2010, 1082 ff., 1106 ff.). In diesem Fall ging es um die Paritätische Berufskommission Bauhauptgewerbe X (Beschwerdegegnerin), die bei K (Beschwerdeführer), einem Einzelunternehmer im Bereich der Ausführung von Armierungsarbeiten, eine Lohnkontrolle durchgeführt hatte. Weil im Rahmen die-

ser Kontrolle diverse Verletzungen gesamtarbeitsvertraglicher Bestimmungen festgestellt worden waren, auflegte die Paritätische Berufskommission dem Beschwerdeführer gestützt auf den Landesmantelvertrag für das Bauhauptgewerbe (LMV/2005) die Kosten für die externe Kontrolle von Fr. 15 365.30, eigene Verfahrenskosten von Fr. 2 120.– sowie eine Konventionalstrafe von Fr. 110 000.–. Da K nicht zahlte, verlangte die Paritätische Berufskommission mit Zivilklage den Betrag von Fr. 127 485.30 nebst Zins. Zugesprochen wurden ihr – zweitinstanzlich vom Kantonsgericht St. Gallen – Fr. 52 485.30 nebst Zins, davon Fr. 35 000.– als Konventionalstrafe. Mit seiner Beschwerde in Zivilsachen blieb Arbeitgeber K vor Bundesgericht ohne Erfolg (vgl. zu diesem Urteil die Kurzhinweise bei THOMAS GEISER/BENEDIKT HÄFLIGER, SJZ 2012, 351 ff., 354, und bei STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, Art. 357b N 5 S. 1492 in der Mitte).

Zur Hauptsache bestritt der Beschwerdeführer die Aktivlegitimation der Paritätischen Berufskommission. Das Kantonsgericht St. Gallen hatte die Aktivlegitimation mit ausführlicher Begründung bejaht (siehe dazu das im ersten innerkantonalen Rechtsgang erlassene Urteil vom 20. Januar 2009 in JAR 2010, 555 ff.).

Das Bundesgericht seinerseits liess diese Frage offen. Gemäss Art. 76 Abs. 1 LMV/2005 bestellen – so das Bundesgericht – die Vertragsparteien des lokalen GAV eine lokale Paritätische Berufskommission in der Rechtsform eines Vereins, die ausdrücklich ermächtigt ist, den LMV während seiner Gültigkeit i. S. v. Art. 357b OR zu vollziehen. Der lokalen Paritätischen Berufskommission würden nach Art. 76 Abs. 3 lit. b LMV/2005 insbesondere die Durchführung von gemeinsamen Lohnkontrollen und Untersuchungen über die Arbeitsverhältnisse im Betrieb obliegen. Unter dem Titel Sanktionen halte Art. 79 Abs. 2 LMV/2005 fest, die Paritätische Berufskommission sei berechtigt, eine Konventionalstrafe bis zu Fr. 50 000.– zu verhängen, wobei in Fällen vorenthaltener geldwerter Ansprüche die Konventionalstrafe bis zur Höhe der geschuldeten Leistung gehen dürfe (BGE 137 III 556 E. 4.1 S. 558 f.).

Die Frage, ob es zulässig sei, den Anspruch auf eine Konventionalstrafe (in einem GAV) an die Paritätische Berufskommission abzutreten oder ihr zumindest das Recht einzuräumen, diesen im Rahmen einer Prozessstandschaft im eigenen Namen gerichtlich durchzusetzen, werde in Lehre und Rechtsprechung unterschiedlich beantwortet. Sie stelle sich aber nur, wenn gemäss GAV der Paritäts-

schen Berufskommission entsprechende Kompetenzen zugewiesen werden sollen. Ob dies hier der Fall sei, scheine zweifelhaft (BGE 137 III 556 E. 4.5 S. 560). Zwar sei die Paritätische Berufskommission ausdrücklich zum Vollzug des LMV ermächtigt (Art. 76 Abs. 1 LMV/2005). Aber sie habe die arbeitsvertraglichen Bestimmungen des LMV *auftrags und namens der LMV-Vertragsparteien* durchzusetzen (Art. 76 Abs. 3 lit. a LMV/2005). Gemäss Auffassung der Vorinstanz, der sich das Bundesgericht anschloss, ist der Wortlaut des LMV unklar, d. h., dem LMV lässt sich, wenn man die weiteren massgebenden Bestimmungen mitberücksichtigt, nicht eindeutig entnehmen, ob die Paritätische Berufskommission die infrage stehenden Ansprüche im eigenen Namen oder im Namen der LMV-Vertragsparteien geltend machen muss (BGE 137 III 556 E. 4.5.1 und E. 4.5.2 S. 561).

Diese Frage brauche indessen – so das Bundesgericht weiter – nicht abschliessend behandelt zu werden. Aus Art. 79 Abs. 5 LMV/2005 gehe ausdrücklich hervor, dass die Konventionalstrafe an die Paritätische Berufskommission zu bezahlen sei. Die Vertragsparteien des LMV müssten sich das Verhalten der Beschwerdegegnerin gestützt auf die erteilten Vollmachten entgegenhalten lassen. Daher könnten sie, auch wenn die Beschwerdegegnerin zu Unrecht im eigenen Namen geklagt haben sollte, vom Beschwerdeführer nicht nochmals Zahlung verlangen. Entgegen seiner Auffassung würde der Beschwerdeführer durch Zahlung an die Beschwerdegegnerin in jedem Fall befreit. Der Beschwerdeführer zeige nicht auf, inwiefern er unter diesen Umständen ein schützenswertes Interesse an der Klärung der Frage habe, ob der Anspruch formell auf die Beschwerdegegnerin übergegangen sei. Es könne ihm gleichgültig sein, wem der Anspruch im Verhältnis der lokalen Paritätischen Berufskommission zu den Vertragsparteien des LMV zustehe. Selbst wenn die Beschwerdegegnerin formell im Namen der LMV-Vertragspartner hätte klagen müssen, erweise sich die Einwendung des Beschwerdeführers als blosser Schikane, um sich der in jedem Fall gegenüber der Beschwerdegegnerin zu erbringenden Zahlung zu entziehen. Dieses Verhalten verdiene keinen Rechtsschutz (BGE 137 III 556 E. 4.6 S. 561 f. [Hervorhebungen hinzugefügt]).

Mit diesem Ergebnis kann man leben. Das Bundesgericht nimmt gleichsam Rückgriff auf das Institut des *Rechtsmissbrauchs*, ohne allerdings Art. 2 Abs. 2 ZGB zu erwähnen. Es wäre in casu wirklich mehr als fragwürdig gewesen, die Parteien (bildlich gesprochen) auf

Feld 1 zurückzusetzen und den ganzen Prozess – mit anderer Klägerbezeichnung – von vorn beginnen zu lassen, falls die Aktivlegitimation der Paritätischen Berufskommission hätte verneint werden müssen, obwohl am Schluss die Zahlung doch an die Klägerin gegangen wäre. Nur: Im Grunde ist es schon erstaunlich, dass eine juristisch derart zentrale Frage wie die Aktivlegitimation einer Paritätischen Berufskommission, die mit der gemeinsamen Durchführung eines GAV gemäss Art. 357b OR betraut ist, in diesem GAV selbst nicht klar geregelt wird. Das mag seinen Grund darin haben, dass *lange Zeit* (so noch, als der hier massgebende LMV/2005 abgeschlossen wurde) *umstritten war, ob in Vereinsform organisierte GAV-Kontrollorgane überhaupt selber aktivlegitimiert sein können oder ob sie als blosser Vertreter der GAV-Parteien handeln müssen*. Mit BGE 134 III 541 wurde diese Frage nun aber geklärt (dazu einlässlich Th. KOLLER/GRABER, a. O., 1106 ff.; vgl. auch den Hinweis bei COMMENTAIRE STÄMPFLI-BRUCHEZ, Art. 357b N 15). Allerdings ist für eine eigenständige Klageberechtigung des Kontrollorgans eine hinreichende rechtliche Grundlage im GAV erforderlich (GEISER/HÄFLIGER, a. O., 354). Bei dieser Sachlage wird man erwarten können, dass GAV-Parteien in neuen oder zu überarbeitenden Verträgen nunmehr klar festlegen, ob solche Vereine bei der gemeinsamen Durchführung des GAV Ansprüche im eigenen Namen oder als Stellvertreter geltend machen können. Dabei dürfte – insbesondere wenn viele Parteien an einem GAV beteiligt sind – die formelle «Delegation» dieser Aufgabe an einen Verein als GAV-Kontrollorgan die gemeinsame Durchführung des GAV wesentlich erleichtern (im gleichen Sinn wohl auch COMMENTAIRE STÄMPFLI-BRUCHEZ, Art. 357b N 15).

Im Weiteren hält schliesslich das Bundesgericht unter Berufung auf seine bisherige Rechtsprechung einmal mehr fest, dass *Streitigkeiten über die Auslegung und Anwendung eines GAV als Zivilsachen gelten, und zwar auch dann, wenn ein GAV allgemeinverbindlich erklärt wurde und Ansprüche gegen einen Aussenseiter geltend gemacht werden* (BGE 137 III 556 E. 3 S. 557 f., u. a. unter Hinweis auf die in BGE 134 III 399 nicht publizierte E. 1 [dort m. w. Nw.]). Öffentliches Recht liegt dagegen vor, wenn die Pflicht zur Leistung von Bildungsbeiträgen an Berufsausbildungsfonds gestützt auf Art. 60 Abs. 3 BBG (Berufsbildungsgesetz; SR 412.10) für alle Betriebe einer Branche verbindlich erklärt werden (BGE 137 II 399 E. 1 S. 401 ff.). Das stand hier aber nicht zur Diskussion.

VI. Örtliche Zuständigkeit; Gerichtsstand für arbeitsrechtliche Klagen (Art. 24 GestG [neu Art. 34 ZPO]); Gerichtsstand für deliktische Klagen (Art. 25 GestG [neu Art. 36 ZPO]); objektive Klagenhäufung einerseits und Anspruchskonkurrenz andererseits (Art. 7 Abs. 2 GestG [neu Art. 15 Abs. 2 ZPO])

BGE 137 III 311 (4A_145/2011) = Pra 2011 Nr. 129 S. 949 ff.

Entschieden hat das Bundesgericht diesen Fall gestützt auf das Gerichtsstandsgesetz (GestG). Seine Ausführungen behalten jedoch unter der Herrschaft der am 1. Januar 2011 in Kraft getretenen ZPO weiterhin ihre Gültigkeit (RÉMY WYLER, JdT 2012 II 198 ff., 214 f.; ansatzweise wohl ebenso FRANÇOIS BOHNET, SZWP/RSPC 2011, 372 f., 372). Daher sei dieses Urteil hier besprochen (vgl. dazu bereits auch CHRISTOPH LEUBENBERGER, ZBJV 2013, 233 ff., 237 f.).

X war wohnhaft im Kanton Freiburg und arbeitete bei einer Stiftung im Kanton Neuenburg. Im Anschluss an eine von der Arbeitgeberin nach einem Burn-out des Arbeitnehmers ausgesprochene Kündigung klagte X gegen die Stiftung in seinem Wohnsitzkanton. Dabei machte er einerseits *deliktische Ansprüche* (wegen Persönlichkeitsverletzung), andererseits *arbeitsvertragsrechtliche Ansprüche* geltend. Die beiden kantonalen Instanzen schützten die von der Arbeitgeberin erhobene Einrede der örtlichen Unzuständigkeit, ebenso das Bundesgericht (siehe zu diesem Urteil die Kurzhinweise bei STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, Der Arbeitsprozess, 26, THOMAS GABATHULER/IRÈNE SPIRIG, plädoyer 3/12, 48 ff., 51, und BOHNET, a. a. O.).

Bei deliktischen Ansprüchen steht der klagenden Partei unter anderem die Möglichkeit offen, *an ihrem Wohnsitz zu klagen* (Art. 25 GestG; heute Art. 36 ZPO). Klagen des Arbeitnehmers aus Arbeitsrecht sind demgegenüber an dem Ort anzubringen, *an welchem gewöhnlich die Arbeit verrichtet wird* (Art. 24 Abs. 1 GestG; Art. 34 Abs. 1 ZPO), wobei dieser Gerichtsstand teilzwingend ist, d. h. der Arbeitnehmer kann auf diesen Gerichtsstand nicht zum Voraus oder durch Einlassung verzichten (Art. 21 Abs. 1 GestG; Art. 35 Abs. 1 lit. d ZPO). Macht ein Kläger gegen eine beklagte Partei mehrere Ansprüche geltend, die in einem *sachlichen Zusammenhang* stehen,

so ist jedes Gericht zuständig, das für einen der beiden Ansprüche zuständig ist (Art. 7 Abs. 2 GestG; Art. 15 Abs. 2 ZPO). X hatte die örtliche Zuständigkeit der Gerichte an seinem Wohnsitz mit dem Deliktsgerichtsstand begründet und daraus abgeleitet, dass diese Gerichte daher auch für die Beurteilung damit sachlich zusammenhängender arbeitsrechtlicher Ansprüche zuständig seien.

Das Bundesgericht hielt im hier besprochenen Entscheid zunächst fest, dass sich die sozial schwächere Partei bei teilzwingenden Gerichtsständen *grundsätzlich* auf Art. 7 Abs. 2 GestG (Art. 15 Abs. 2 ZPO) berufen könne. Der sozial schwächeren Partei für eine Klage einen zusätzlichen Gerichtsstand einzuräumen, würde Sinn und Zweck von Art. 21 GestG (Art. 35 ZPO) nicht widersprechen. Eine solche Partei würde im Gegenteil im Vergleich zu andern Klägern benachteiligt, wenn ihr diese Wahlmöglichkeit nicht zugestanden würde (BGE 137 III 311 E. 4.2 S. 317). Der sozial als stärker unterstellten Partei (hier der Arbeitgeberin) wäre es im Gegenzug aber versagt, den schwächeren Gegner (hier den Arbeitnehmer) gestützt auf Art. 25 GestG (Art. 36 ZPO) an ihrem Wohnsitz mit der Begründung einzuklagen, sie sei wegen einer (Arbeits-)Vertragsverletzung Opfer eines Delikts geworden (BGE 137 III 311 E. 5.2.1 S. 320).

Sodann prüfte das Bundesgericht, ob *im vorliegenden Fall* die Voraussetzungen von Art. 7 Abs. 2 GestG (Art. 15 Abs. 2 ZPO) erfüllt waren. Dies verneinte das Bundesgericht. Zur Begründung führte es aus, viele Kantone hätten für arbeitsrechtliche Streitigkeiten besondere Gerichte (Arbeitsgerichte) geschaffen. Zudem seien gewisse Streitigkeiten in diesem Bereich dem vereinfachten Verfahren und der sozialen Untersuchungsmaxime unterworfen (Art. 343 Abs. 2 und 4 aOR; heute Art. 243 Abs. 1 und Art. 247 Abs. 2 lit. b Ziff. 2 ZPO). *Daraus lasse sich allgemein* («sur un plan plus général») *der Wille des Gesetzgebers ableiten, den Arbeitsvertrag prozessual speziell und insbesondere einheitlich zu behandeln*. Zudem seien Lehre und bisherige Rechtsprechung vom Bestreben geprägt, arbeitsrechtliche Streitigkeiten insgesamt dem gleichen (speziellen) Gerichtsstand zu unterwerfen, und zwar auch dann, wenn der geltend gemachte Anspruch sowohl vertraglich als auch deliktisch begründet werde, sofern nur die Streitigkeit ihren Ursprung im Arbeitsverhältnis habe. Zudem müsse vermieden werden, dass mithilfe des deliktischen Anspruchs, der oft im Verhältnis zum vertraglichen nur nebensächlich sei, die beklagte Partei vom Kläger *im Sinne eines forum shopping* vor die Gerichte an

seinem Wohnsitz gezogen werde. *Daher sei es sachgerecht, den Arbeitnehmer für seine Klage gegen den Arbeitgeber an den Gerichtsstand für arbeitsrechtliche Klagen zu verweisen, es sei denn, der Arbeitnehmer würde verschiedene Ansprüche geltend machen, von denen einer auf einem Delikt beruht, das ausserhalb des Arbeitsverhältnisses begangen worden sei* (BGE 137 III 311 E. 5.2.2 S. 322 f.). In casu würden die Streitigkeiten zwischen den Parteien bloss im Arbeitsverhältnis beruhen, weshalb ausschliesslich die Gerichte am Arbeitsort, d.h. im Kanton Neuenburg, zuständig seien (BGE 137 III 311 E. 5.2.1 S. 323).

Welche Bedeutung dieses Urteil im Prozessrecht insgesamt hat, ist hier nicht zu diskutieren (vgl. dazu etwa die Überlegungen von BOHNET, a. a. O., 373). Vorliegend ist nur seine Relevanz für das Arbeitsrecht und für weitere Gebiete des sozialen Privatrechts wie z. B. das Mietrecht von Interesse. Materiellrechtlich stand *ein Fall von Anspruchskonkurrenz* (hier zwischen Vertragsrecht und Deliktsrecht) zur Debatte. Ob das Bundesgericht mit diesem Entscheid dem Kläger bei Anspruchskonkurrenz in Fällen ohne teilzwingenden Gerichtsstand gestützt auf Art. 7 Abs. 2 GestG (Art. 15 Abs. 2 ZPO) grundsätzlich die Wahl des Gerichtsstands zugestehen will, soll hier offen bleiben (vgl. dazu etwa BK-ZINGG, Art. 60 ZPO N 44, der die Auffassung vertritt, das Bundesgericht habe auf die Bildung einer allgemeinen Regel verzichtet, sowie BOHNET, a. a. O., 372, der sich dafür ausspricht, bei der Anspruchskonkurrenz sei für die örtliche Zuständigkeit stets auf die überwiegende Begründung des Anspruchs abzustellen [... la règle du fondement prépondérant devrait prévaloir en toute hypothèse]). Klar ergibt sich aber aus dem Urteil – obwohl dies gar nicht zu entscheiden war –, *dass die teilzwingenden Gerichtsstände konkurrierende Gerichtsstände verdrängen, wenn die typischerweise sozial stärkere Partei, also der Arbeitgeber, der Vermieter, der Verpächter oder der gewerbmässige Anbieter einer Ware oder Dienstleistung in einem Konsumentenverhältnis, klagt* (Art. 21 GestG bzw. Art. 35 ZPO), und dies wohl sowohl bei einer objektiven Klagenhäufung als auch im Falle einer Anspruchskonkurrenz (ein Beispiel einer objektiven Klagenhäufung des Vermieters findet sich bei BOHNET, a. a. O., 372). Insoweit kommt dem hier besprochenen Urteil grundlegende Bedeutung zu.

Schwieriger zu beurteilen ist die generelle Tragweite des Urteils, soweit es – wie in casu – um die örtliche Zuständigkeit bei Klagen der

als sozial schwächer unterstellten Partei geht. Hier wird man annehmen dürfen, dass im Falle einer Anspruchs Konkurrenz die teilweisenden Gerichtsstände ebenfalls generell konkurrierende Gerichtsstände verdrängen (so zumindest für das Arbeitsrecht auch COMMENTAIRE STÄMPFLI-BOHNET/DIETSCHY, Art. 343 OR N 22, und BK-ZINGG, Art. 60 ZPO N 44). Die vom Bundesgericht einleitend angestellte Überlegung, die sozial schwächere Partei könne sich grundsätzlich auf Art. 7 Abs. 2 GestG (Art. 15 Abs. 2 ZPO) berufen, d. h., sie könne wahlweise auch an einem andern Ort klagen, gilt wohl für die Fälle der Anspruchs Konkurrenz («concours d'actions») nicht, sondern bloss für Fälle objektiver Klagenhäufung («cumul objectif»; in diesem Sinne wohl BOHNET, a. O., 372, sowie COMMENTAIRE STÄMPFLI-BOHNET/DIETSCHY, Art. 343 OR N 21), immer aber unter der Voraussetzung, dass die mehreren Ansprüche in einem sachlichen Zusammenhang stehen (so wenn das Delikt vom Arbeitgeber ausserhalb des Arbeitsverhältnisses begangen wurde [BGE 137 III 311 E. 5.2.2 S. 323; STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, Der Arbeitsprozess, S. 26 Fn. 91; PORTMANN/STÖCKLI, Rz. 966]). Was das konkret bedeutet, wird die Zukunft weisen müssen.

Abschliessend kann noch festgehalten werden, dass das Bundesgericht seine Rechtsprechung gemäss BGE 137 III 311 im Urteil 4A_220/2011 vom 5. September 2011 bestätigt hat.

VII. Abgrenzung zwischen Arbeitsvertrag und Agenturvertrag; örtliche Zuständigkeit; doppelrelevante Tatsachen; Massgeblichkeit des klägerischen Tatsachenvortrags für den Zuständigkeitsentscheid (Art. 24 GestG [heute Art. 34 ZPO])

BGE 137 III 32 (4A_461/2010)

Auch dieses Urteil wurde gestützt auf das Gerichtsstandsgesetz entschieden. Da es aber unter der am 1. Januar 2011 in Kraft getretenen ZPO weiterhin von Bedeutung ist, sei es hier ebenfalls besprochen (siehe dazu bereits auch CHRISTOPH LEUENBERGER, ZBJV 2013, 233 ff., 238 f., THOMAS GEISER/BENEDIKT HÄFLIGER, SJZ 2012, 351 ff., 354 f., und THOMAS GEISER, AJP 2012, 111 ff., 116 f.; Kurz-

hinweise bei STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, Der Arbeitsprozess, 20, COMMENTAIRE STÄMPFLI-BOHNET/DIETSCHY, Art. 343 N 11, THOMAS GABATHULER/IRÈNE SPIRIG, plädoyer 3/11, 53 ff., 57, und BARBARA MEYER, ius.focus 2012, 15 f.).

Zwischen A und der X AG bestand während mehrerer Jahre ein Vertrag, der als «Agenturvertrag» bezeichnet war. Als die Parteien in Streit gerieten, reichte A an seinem Arbeitsort Riggisberg eine Klage gegen die X AG ein. Auf diese Klage trat der erstinstanzliche Gerichtspräsident mangels örtlicher Zuständigkeit nicht ein, da es sich nicht um Ansprüche aus einem Arbeits- bzw. Handelsreisendenvertrag, sondern aus Agenturvertrag handle und daher nicht Art. 24 GestG (heute Art. 34 ZPO) zur Anwendung komme. Das Berner Obergericht als zweite Instanz bejahte dagegen die örtliche Zuständigkeit. Nach umfangreichen Sachverhaltsabklärungen war es zum Schluss gekommen, dass sich die geltend gemachten Ansprüche auf einen Handelsreisendenvertrag stützen würden.

Das Bundesgericht wies zwar die von der X AG erhobene Beschwerde in Zivilsachen ab und bejahte die örtliche Zuständigkeit der Berner Gerichte ebenfalls, aber mit einer andern Begründung als die Vorinstanz. Bei der Beurteilung der Zuständigkeit sei primär auf den vom Kläger eingeklagten Anspruch und dessen Begründung abzustellen. Die vom Kläger behaupteten Tatsachen, welche sowohl für die Zuständigkeit des angerufenen Gerichts als auch für die Begründetheit der Klage erheblich sind (sogenannte doppelrelevante Tatsachen), seien für die Beurteilung der Zuständigkeit als wahr zu unterstellen. Sie würden erst im Moment der materiellen Prüfung des eingeklagten Anspruchs untersucht; diesbezügliche Einwände der Gegenpartei seien im Rahmen der Zuständigkeitsprüfung unbeachtlich. Eine Ausnahme gelte nur für den Fall, dass der klägerische Tatsachenvortrag auf Anhiieb fadenscheinig oder inkohärent erscheine und durch die Klagegeantwort sowie die von der Gegenseite produzierten Dokumente unmittelbar und eindeutig widerlegt werden könne. Über Tatsachen, die nur für die Zuständigkeit des angerufenen Gerichts, nicht aber für die materielle Begründetheit des eingeklagten Anspruchs notwendig sind (sog. *zuständigkeitsbegründende oder einfachrelevante Tatsachen*), sei hingegen Beweis zu führen. Im Tatbestand des Art. 24 Abs. 1 GestG (Art. 34 Abs. 1 ZPO) seien die Tatsachen von doppelter Relevanz, welche auf das Bestehen eines Arbeitsverhältnisses schliessen lassen. Einfachrelevant seien örtliche Faktoren wie Wohnsitz oder

Sitz der Beklagten und der Ort der gewöhnlichen Arbeitsverrichtung (BGE 137 III 32 E. 2.3 S. 34 f., m. Nw.). Die Vorinstanz habe dies verkannt. Anstatt Beweise zu erheben und zu würdigen, hätte sie für die Prüfung der Zuständigkeitsfrage ausschliesslich auf den Tatsachenvortrag des Klägers abstellen müssen (BGE 137 III 32 E. 2.4.1 S. 35). Denn die geltend gemachten Ansprüche würden sich auf zwingende Bestimmungen des Arbeitsrechts stützen (BGE 137 III 32 E. 2.4 S. 35). Aus den Vorbringen des Klägers lasse sich plausibel auf das Bestehen eines Handelsreisendenvertrages schliessen. Für die Bejahung der Zuständigkeit müsse dies einstweilen genügen (BGE 137 III 32 E. 2.4.2 S. 36). Die Klage lasse sich demnach als «arbeitsrechtliche» i. S. v. Art. 24 Abs. 1 GestG (Art. 34 Abs. 1 ZPO) qualifizieren (BGE 137 III 32 E. 2.5 S. 36).

Doppelrelevante Tatsachen bieten im Zivilprozessrecht zahlreiche Schwierigkeiten, auf die hier nicht einzugehen ist (dazu einlässlich etwa URS HENRYK HOFFMANN-NOWOTNY, Doppelrelevante Tatsachen in Zivilprozess und Schiedsverfahren, Zürich 2010; BK-ZINGG, Art. 60 ZPO N 40 ff.; siehe auch die Nachweise bei MEYER, a. a. O., 15). Im Dienstleistungsrecht kommt ihnen, wie das hier besprochene Urteil sehr schön illustriert, vor allem Bedeutung zu, wenn um die Abgrenzung zwischen *Handelsreisendenvertrag*, einer besonderen Art des Arbeitsvertrages (Art. 347 ff. OR), und *Agenturvertrag* (Art. 418a ff. OR), einer Vertragsart für Selbständigerwerbende, gestritten wird. Diese Abgrenzung kann im Einzelfall sehr heikel beziehungsweise «délicate» sein (BGE 129 III 664 E. 3.2 S. 667; zu diesem Urteil THOMAS KOLLER, ZBJV 2004, 483 ff., 520 ff.; einlässlich zur Abgrenzung STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, Art. 319 N 8). *Materiellrechtlich* ist die Unterscheidung vielfach entscheidend relevant, weil das Arbeitsrecht – und zwar auch das Recht des Handelsreisenden – wesentlich mehr zwingende Sozialschutzbestimmungen zugunsten des Arbeitnehmers kennt als das Agenturvertragsrecht zugunsten des Agenten, obwohl auch das schweizerische Agenturvertragsrecht seit 1. Januar 1950 über etliche, z. T. sehr bemerkenswerte Schutznormen zugunsten des Agenten verfügt (STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, Art. 319 N 3; BK-REHBINDER/STÖCKLI, Art. 319 N 70), so etwa mit der in Art. 418u OR geregelten *Kundschafftsentschädigung* (dazu THOMAS KOLLER, Die Kundschafftsentschädigung im schweizerischen Agenturvertragsrecht, in: Ingo Saenger/Reiner Schulze [Hrsg.], Der Ausgleichsanspruch des Handelsvertreters, Baden-Baden 2000,

111 ff.). *Prozessual* bedeutsam ist die Abgrenzung, weil für arbeitsrechtliche Streitigkeiten anders als für Streitigkeiten aus dem Agenturvertragsrecht Sonderregeln über die *örtliche Zuständigkeit* gelten (Art. 34 f. ZPO) und in vielen Kantonen zudem besondere Arbeitsgerichte bestehen, dort also arbeitsvertragsrechtliche Streitigkeiten einer anderen *sachlichen Zuständigkeit* unterliegen als solche aus Agenturvertragsrecht.

Grundsätzlich ist die vom Bundesgericht im hier diskutierten Urteil vertretene Auffassung sachgerecht (gl. M. GEISER/HÄFLIGER, a. a. O., 355, und GEISER, a. a. O., 117; kritisch demgegenüber BK-ZINGG, Art. 60 ZPO N 46, der verfassungsrechtliche Bedenken hegt). Denn es wäre nicht sinnvoll, über Fragen, welche materiellrechtlich für den Prozessausgang entscheidend sind, bereits im Rahmen der Prüfung der örtlichen oder sachlichen Zuständigkeit ein unter Umständen aufwendiges Beweisverfahren durchzuführen. Diese Beweisabnahme muss dem eigentlichen Prozess vorbehalten bleiben. Daher ist es richtig, für die Prüfung der Zuständigkeit auf die Behauptungen des Klägers abzustellen und diese bloss – aber immerhin – einer Plausibilitätsprüfung zu unterziehen. Allerdings ist mit der bundesgerichtlichen Praxis, wie in der Literatur zu Recht geltend gemacht wurde, eine Schwierigkeit verbunden (GEISER/HÄFLIGER, a. a. O., 355, und GEISER, a. a. O., 117). *Bei der Prüfung der Eintretensfrage muss in einem Fall wie dem vorliegenden stets abgeklärt werden, ob die Vertragsqualifikation materiellrechtlich überhaupt relevant ist.* Es ist ohne Weiteres denkbar, dass der Kläger Ansprüche geltend macht, welche ihm unabhängig davon zustehen, ob ein Handelsreisendenvertrag oder ein Agenturvertrag vorliegt, so z. B. wenn ein Provisionsanspruch im Streit steht (Art. 349b und Art. 418g OR). Dann ist die Qualifikationsfrage nur einfachrelevant, weshalb gegebenenfalls bereits im Rahmen der Eintretensfrage – und zwar von Amtes wegen – ein Beweisverfahren durchzuführen ist. Nun ist allerdings die Abgrenzung zwischen doppelrelevanten und einfachrelevanten Tatsachen gerade im hier interessierenden Bereich nicht immer einfach. So ist zwar die Vereinbarung eines Provisionsanspruchs als solchen von der Vertragsqualifikation unabhängig. Aber in einem Punkt ist der Handelsreisende besser geschützt als der Agent: Besteht der Lohn gemäss schriftlicher Abrede ausschliesslich aus Provision, so ist dies nur gültig, wenn die Provision ein angemessenes Entgelt für die Tätigkeit des Handelsreisenden ergibt (Art. 349b Abs. 2 OR; siehe dazu etwa

BGE 129 III 664 E. 6 S. 670 f.). Daher muss unter Umständen bereits bei der Klärung der Zuständigkeitsfrage geprüft werden, ob materiellrechtlich nur der Provisionsanspruch an sich oder (auch) die Höhe einer Mindestprovision i. S. v. Art. 349b Abs. 2 OR zur Debatte steht. Das kann faktisch gewisse Schwierigkeiten bieten. Theoretisch-dogmatisch allerdings bestehen solche Schwierigkeiten nicht. Denn im hier interessierenden Zusammenhang werden nur die entsprechenden Tatsachenbehauptungen des Klägers (abgesehen von einer Plausibilitätsprüfung) als wahr unterstellt. *Die rechtliche Würdigung dieser behaupteten Tatsachen aber hat das Gericht vorzunehmen; dabei ist es an die Auffassung des Klägers nicht gebunden* (BGE 137 III 32 E. 2.2 S. 34, m. Nw.; BK-ZINGG, Art. 60 ZPO N 40). Gegebenenfalls muss also das Gericht bei der Prüfung der Eintretensfrage sehr differenzierte materiellrechtliche Überlegungen anstellen.

Das Abstellen auf die klägerischen Tatsachenbehauptungen zur Beurteilung der Eintretensfrage bei doppelrelevanten Tatsachen führt dazu, dass sich erst bei der materiellen Prüfung herausstellt, ob diese Tatsachen effektiv vorliegen. Erweisen sich dort die Tatsachenbehauptungen als unzutreffend, so wird die Klage trotz an sich fehlender Zuständigkeit *durch Sachentscheid abgewiesen, obwohl ex post gesehen ein Nichteintretensentscheid korrekt gewesen wäre*. Es besteht somit die Möglichkeit, dass eine vorerst als zulässig betrachtete Klage nach materieller Prüfung an sich für unzulässig erklärt werden müsste (BGE 122 III 249 E. 3b bb S. 252) und dennoch ein Sachentscheid gefällt wird. Methodisch ist dies zwar unsauber, aber ein solcher Sachentscheid, der anders als ein Prozessentscheid zur *res iudicata* führt und damit einen weiteren Prozess in derselben Sache ausschliesst, ist im Interesse des Beklagten und daher gerechtfertigt (BGE 122 III 249 E. 3b bb S. 252 in fine, m. Nw.).

Heikler ist eine andere theoretisch denkbare Situation. Bei der materiellen Prüfung der Klage könnte sich herausstellen, dass sich der Anspruch nicht auf den geltend gemachten Rechtsgrund stützen lässt, aber aus einem andern Rechtsgrund begründet wäre, für dessen Beurteilung dem Gericht aber die Zuständigkeit fehlt. Dann könnte man sich fragen, ob das (an sich unzuständige) Gericht die Klage gutheissen darf (dazu BK-ZINGG, Art. 60 ZPO N 42 ff., m. Hw.). Solche Fälle sollten aber selten sein, so vor allem wenn im Rahmen der Eintretensprüfung eine Tatsache zu Unrecht als doppelrelevant statt als einfach relevant beurteilt wurde (siehe dazu das bei BK-ZINGG, Art. 60 ZPO

N 42 in fine, aufgeführte Beispiel, vor Arbeitsgericht werde eine arbeitsrechtliche Streitigkeit behauptet, es ergebe sich aber, dass der eingeklagte Anspruch auftragsrechtlicher Natur sei).

VIII. Gerechtfertigte fristlose Kündigung durch den Arbeitnehmer wegen Verletzung der Beschäftigungspflicht; Persönlichkeitsverletzung; Genugtuung (Art. 28 ZGB, Art. 49, Art. 55, Art. 101, Art. 328 Abs. 1 und Art. 337 ff. OR)

BGE 137 III 303 (4A_53/2011) = Pra 2011 Nr. 127 S. 931 ff.

Im hier zu besprechenden Urteil hatte sich das Bundesgericht gleich mit mehreren interessanten Aspekten zu befassen. Fristlose Kündigungen des Arbeitsvertrages durch Arbeitnehmer sind selten (ROGER RUDOLPH/CAROLINE WIESLI, *Fristlose Kündigung und Beschäftigungsanspruch eines Prof-Fussballers*, in: Jusletter vom 22. August 2011, Rz. 10). Die Frage, ob der Arbeitnehmer – neben dem Lohnanspruch – auch einen Anspruch auf Beschäftigung hat, ist in der Lehre umstritten. Beides stand im vorliegenden Fall zur Debatte, und darüber hinaus auch noch eine Persönlichkeitsverletzung, begangen durch einen Vorgesetzten des betroffenen Arbeitnehmers.

Eddy Barea war seit mehreren Jahren Profifussballspieler beim Fussballclub Xamax und spielte dort in der 1. Mannschaft, am Schluss sogar als Captain. Sein letzter Arbeitsvertrag war für die Zeit vom 1. Juli 2005 bis 30. Juni 2006 geschlossen. In der Halbzeitpause des Super-League-Spiels vom 19. Februar 2006 schloss Xamax-Trainer Blazevic Barea von der Mannschaft aus, weil dieser sich in Gegenwart der andern Spieler gegen seine Anordnung ausgesprochen hatte, dem gegnerischen Team Abseitsfallen zu stellen. In der Folge äusserte sich Blazevic gegenüber der Presse kritisch über Barea, bezeichnete ihn als Verräter und qualifizierte sein Verhalten als identisch mit demjenigen eines Schwachsinnigen («d'identique à celui qu'aurait adopté un imbécile»). Für diese Aussage wurde Blazevic später strafrechtlich zu einer Busse von Fr. 300.– verurteilt.

Mit Schreiben vom 26. Februar 2006 verwahrte sich Barea gegenüber Xamax gegen den Ausschluss aus der Mannschaft und bot

weiterhin seine Arbeitskraft an. Am 2. März 2006 teilte ihm Xamax mit, er sei von seiner Arbeitspflicht befreit; der Club werde aber die Lohnzahlungspflicht gemäss Vertrag weiter erfüllen. Zugleich schlug ihm Xamax vor, künftig mit der U-21-Mannschaft zu trainieren. Mit Brief vom 10. März 2006 machte Barea geltend, dies komme einer fristlosen Auflösung des Arbeitsvertrages gleich; er beanspruche aber seinen Lohn (bestehend aus einem fixen und einem variablen Lohnanteil) bis Ende Saison. Als er auf diesen Brief keine Antwort bekam, teilte er Xamax am 20. März 2006 mit, er löse den Arbeitsvertrag fristlos auf. Mit Schreiben vom 22. März 2006 bestritt Xamax, den Vertrag selber aufgelöst zu haben.

Anschliessend klagte Barea gegen Xamax auf Zahlung von Fr. 39 627.– als Lohn und von Fr. 49 063.50 als Entschädigung für die missbräuchliche und ungerechtfertigte Auflösung des Arbeitsvertrages, je nebst Zins. Das Kantonsgericht Neuenburg sprach ihm den Betrag von Fr. 28 978.20 als Lohn sowie eine Genugtuung von Fr. 15 000.–, je nebst Zins, zu. Xamax blieb mit der gegen das entsprechende Urteil gerichteten Beschwerde in Zivilsachen erfolglos (vgl. zu diesem Bundesgerichtsentscheid die einlässlichen Besprechungen von RUDOLPH/WIESLI, a. a. O., und von WERNER GLOOR, Commentaire de l'ATF 137 III 303, I^{re} Cour de droit civil, arrêt du 28 avril 2011 [4A_53/2011], AVR 2012, 25 ff., sowie die Kurzhinweise bei THOMAS GEISER/BENEDIKT HÄFLIGER, SJZ 2012, 351 ff., 352, THOMAS GABATHULER/IRÈNE SPRIG, plädoyer 3/12, 48 ff., 49f., und PASCAL PICHONNAZ, SJZ 2012, 188 ff., 192).

Als Erstes prüfte das Bundesgericht, ob Barea zur fristlosen Kündigung berechtigt gewesen war. Gemäss Art. 337 Abs. 1 OR kann der Arbeitgeber wie der Arbeitnehmer aus *wichtigen Gründen* jederzeit das Arbeitsverhältnis fristlos auflösen. Diese Voraussetzung war gemäss Bundesgericht in casu erfüllt. Zwar habe sich Barea einer Weisung des Trainers widersetzt und damit den Arbeitsvertrag verletzt. Das wiege schwer, weil die Bedeutung der Disziplin einer Fussballmannschaft nicht unterschätzt werden dürfe und weil Barea Captain der Mannschaft gewesen sei. Im Gegenzug sei aber zu beachten, dass er während mehr als fünf Jahren zur Zufriedenheit des Clubs gespielt habe und dass die einmalige Verfehlung, die der Hitze des Gefechts zuzuschreiben sei, nicht überbewertet werden dürfe. *Der definitive Ausschluss aus der 1. Mannschaft sei daher unverhältnismässig.* Sodann könne ein Arbeitnehmer ein legitimes Interesse dar-

an haben, seine Arbeitsleistung erbringen zu dürfen, um seinen Marktwert zu erhalten. In der Lehre werde dies insbesondere für Künstler, Profisportler oder Chirurgen anerkannt. *Es liege auf der Hand, dass ein Profifussballspieler in der höchsten Liga nicht nur regelmässig mit Spielern gleichem Niveau trainieren müsse, sondern auch Spiele auf höchstmöglichem Niveau müsse bestreiten können, um seinen Marktwert zu bewahren.* Dieses Interesse habe Xamax durch die unverhältnismässige Reaktion schwer verletzt. Hinzu komme, dass der Trainer Barea gegenüber der Presse als Verräter und Schwachsinnigen bezeichnet habe. Die Situation sei so für den Arbeitnehmer unerträglich geworden. Die Voraussetzungen für eine fristlose Kündigung gemäss Art. 337 Abs. 1 OR seien daher erfüllt (BGE 137 III 303 E. 2.1.2 S. 305 ff.).

Auch den Einwand von Xamax, Barea habe die fristlose Kündigung zu spät ausgesprochen, verwarf das Bundesgericht in Übereinstimmung mit der Vorinstanz. Erst mit dem Schreiben von Xamax vom 2. März 2006 sei für Barea klar gewesen, dass er keine Chance mehr habe, mit der 1. Mannschaft zu spielen. Auf dieses Schreiben habe er am 10. März 2006 unverzüglich («sans retard») reagiert und zu verstehen gegeben, dass er unter diesen Umständen keine Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses ins Auge fasse. Zwar habe ihm der Arbeitgeber, anders als von Barea in diesem Schreiben behauptet, am 2. März 2006 nicht gekündigt, aber nach Treu und Glauben wäre Xamax verpflichtet gewesen, das Missverständnis sofort klarzustellen. Da der Club dies nicht getan habe, könne er Barea nicht vorwerfen, er habe am 20. März 2006 zu spät fristlos gekündigt (BGE 137 III 303 E. 2.1.3 S. 308).

Da somit die Voraussetzungen für eine fristlose Kündigung durch den Arbeitnehmer erfüllt waren und der wichtige Grund dafür im vertragswidrigen Verhalten von Xamax lag, schuldete der Club Barea vollen Schadenersatz (Art. 337b Abs. 1 OR), d. h. den vollen Lohn bis zum ordentlichen Ablauf des Arbeitsverhältnisses (BGE 137 III 303 2.1.1 S. 305). *Ein Anspruch auf eine Rechtsverletzungsbusse gestützt auf Art. 337c Abs. 3 OR steht dem berechtigterweise kündigenden Arbeitnehmer aber nicht zu* (BGE 137 III 303 E. 2.1.1 S. 305, unter Berufung auf 133 III 657 E. 3.2 S. 659 f. [siehe zu diesem Urteil THOMAS KOLLER/MARC ANDRÉ MAUERHOFER, ZBJV 2009, 891 ff., 901 ff.]). Dieser kann jedoch gegebenenfalls eine Genugtuung gestützt auf Art. 49 OR verlangen, wenn er in seiner Persönlichkeit verletzt

worden ist (BGE 137 III 303 2.1.1 S. 305). Gleich wie die Vorinstanz sah das Bundesgericht eine Persönlichkeitsverletzung i. S. v. Art. 28 ZGB in der (auch strafrechtlich geahndeten) Äusserung von Blazevic über Barea in der Presse. Für diese vom Trainer als Hilfsperson begangene unerlaubte Handlung hatte Xamax sowohl gestützt auf Art. 55 OR als auch gestützt auf Art. 101 OR i. V. m. Art. 328 OR einzustehen (BGE 137 III 303 E. 2.2.2 S. 309 f.).

Das Urteil ist in verschiedener Hinsicht bemerkenswert:

a) Streitigkeiten zwischen Profisportlern und ihren Arbeitgebern werden in der Regel nicht vor staatlichen Gerichten, sondern gestützt auf Schiedsgerichtsklauseln in den entsprechenden Verträgen vor *Schiedsgerichten* – häufig vor dem Tribunal Arbitral du Sport (TAS) in Lausanne – ausgetragen. Hier war dies ausnahmsweise anders (zum Grund, warum dies möglich war, GLOOR, a. a. O., 30), wofür man als Jurist nur dankbar sein kann. Denn staatliche Gerichte wissen im Sportrecht immer wieder ganz besondere Akzente zu setzen, wie früher schon etwa der Fall *Servette gegen Perroud* (BGE 102 II 211) und vor allem natürlich der vom EuGH beurteilte Fall *Bosman* (Urteil vom 15. Dezember 1995, Rechtssache C-415/93; abrufbar unter <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:61993J0415:DE:HTML>) gezeigt haben. Man darf gespannt darauf sein, welche Auswirkungen der hier besprochene Bundesgerichtsentscheid auf die Sportschiedsgerichtsbarkeit haben wird (dazu einlässlich GLOOR, a. O., 29 ff.).

b) Die Hauptpflicht des Arbeitgebers aus dem Arbeitsvertrag ist seine Lohnzahlungspflicht (Art. 322 OR). Ob zusätzlich auch eine *Pflicht zur Beschäftigung des Arbeitnehmers* besteht, ist in der Lehre umstritten (vgl. dazu etwa die Nachweise bei STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, Art. 319 N 17). Geht man davon aus, dass im Regelfall keine Beschäftigungspflicht besteht (so etwa BGE 99 Ib 129 E. 1c S. 133; GEISER/MÜLLER, Rz. 102; THOMAS GEISER, AJP 2013, 437 ff., 440; BSK OR I-PORTMANN, Art. 328 N 22; a. M. z. B. BK-REHBINDER/Stöckli, Art. 328 N 13; WYLER, 320; BRUNNER/BÜHLER/WAEBER/BRUCHEZ, Art. 328 N 13) und unterlässt es der Arbeitgeber, die vom Arbeitnehmer gehörig angebotene Arbeitsleistung entgegenzunehmen, so gerät er nur in *Annahme-* bzw. *Gläubigerverzug* (wobei die arbeitsrechtlichen Sonderregeln den allgemeinen Gläubigerverzugsregeln vorgehen [BGE 116 II 142; STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, Art. 324 N 2; COMMENTAIRE STÄMPFLI-LONGCHAMP, Art. 324 N 1;

WYLER, 1951]). Darin liegt dogmatisch gesehen keine Vertrags-, sondern eine bloss *Obliegenheitsverletzung*. Der Arbeitgeber bleibt dann schlicht zur (weiteren) Lohnzahlung verpflichtet (Art. 324 OR). In Ausnahmefällen steht allerdings dem Arbeitnehmer neben dem Anspruch auf Lohn auch ein *Beschäftigungsanspruch* zu. Diesfalls begehrt der Arbeitgeber zusätzlich gar eine *Vertragsverletzung*, wenn er dem Arbeitnehmer keine angemessene Beschäftigung anbietet, wobei dann genau genommen nicht ein Schuldnerverzug, sondern – da der Arbeitnehmer zur Nachleistung nicht verpflichtet ist (Art. 324 Abs. 1 OR) – eine zu *vertretende nachträgliche Teilnahmlosigkeit* i. S. v. Art. 97 OR vorliegt (BK-REHBINDER/Stöckli, Art. 324 N 4, m. NW.). Das kann zu *Schadenersatzfolgen* führen (BK-REHBINDER/Stöckli, Art. 328 N 13; BRUNNER/BÜHLER/WAEBER/BRUCHEZ, Art. 328 N 13), etwa wenn ein Arbeitnehmer in seinem beruflichen Fortkommen einen Nachteil erleiden sollte (was in der Praxis allerdings meist schwer zu beweisen sein dürfte). In casu stand dies jedoch nicht zur Debatte.

Im vorliegenden Fall hat das Bundesgericht in Anlehnung an die Lehre einen Beschäftigungsanspruch des Arbeitnehmers angenommen, weil es um die *Erhaltung der Berufsfähigkeit* ging (ähnlich übrigens wie im nur kurz zuvor gefällten Urteil 4A_84/2011 vom 15. April 2011, wo ein Profi-Radrennfahrer betroffen war, dem eine angemessene Teilnahme an Radrennen allerdings vertraglich ausdrücklich zugesichert worden war). Das ist sachgerecht. *Ob man daraus jedoch den Umkehrschluss ziehen darf, dass ein Beschäftigungsanspruch des Arbeitnehmers nur in Sonderkonstellationen besteht, im Regelfall also nicht* (STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, Art. 319 N 17), ist offen. Immerhin wird man dem Urteil eine Tendenz in die- ser Richtung entnehmen können (in diesem Sinne auch GLOOR, a. a. O., 28, der ausführt, im Gegensatz zum deutschen Recht würde das schweizerische Recht keine grundsätzliche Beschäftigungspflicht des Arbeitgebers kennen). Das wäre im Sinne der wohl herrschenden, wenn auch nicht unbestrittenen Meinung in der Lehre, die wie erwähnt einen generellen Beschäftigungsanspruch des Arbeitnehmers verneint.

c) Ein allenfalls bestehender grundsätzlicher Beschäftigungsanspruch des Arbeitnehmers findet selbstredend seine Grenzen, wenn die Beschäftigung dem Arbeitgeber nicht mehr zumutbar ist. Was das im Einzelnen bedeutet, kann nur von Fall zu Fall beurteilt werden und schwierige Abgrenzungsfragen aufwerfen, insbesondere bei Profisportlern. *Daher empfiehlt es sich, diese Fragen vertraglich zu regeln*

(GLOOR, a. O., 29; siehe als Beispiel etwa der dem Urteil des Bundesgerichts 4A_84/2011 vom 15. April 2011 zugrunde liegende Fall eines Profi-Radrennfahrers). Eine Patentlösung ist dies indessen auch nicht, wird sich dann doch die Problematik in aller Regel einfach auf die *Ebene der Vertragsauslegung* verlagern. Dies insbesondere bei sehr «offen» formulierten Vertragsklauseln wie z. B. «L'employeuse doit permettre au coureur d'accomplir son activité de manière adéquate ... en l'autorisant à participer à un nombre de courses suffisant ...» (so im dem Urteil des Bundesgerichts 4A_84/2011 vom 15. April 2011 zugrunde liegenden Fall).

d) Wie es sich mit weiteren (in der Lehre diskutierten) Fällen verhält, in denen allenfalls ausnahmsweise ein Beschäftigungsanspruch des Arbeitnehmers oder der Arbeitnehmerin bejaht werden kann, ist mit dem hier besprochenen Urteil höchststrichterlich nicht entschieden. Von besonderer Bedeutung könnte ein solcher Beschäftigungsanspruch gegebenenfalls im Zusammenhang mit dem *Gleichstellungsgesetz* sein. So hatte das Zürcher Obergericht im September 2011 über den Fall einer schwangeren Kaderfrau zu befinden, die vom Arbeitgeber schon während der Schwangerschaft freigestellt worden war und der Arbeitgeber gleichzeitig mitgeteilt hatte, er werde den Vertrag nach Ablauf des Mutterschaftsschutzes unter Einhaltung der Kündigungsfrist kündigen, wobei sie während der Kündigungsfrist weiterhin freigestellt sei. *Das Zürcher Obergericht verpflichtete den Arbeitgeber mit einer vorsorglichen Massnahme unter Strafandrohung zur tatsächlichen Weiterbeschäftigung der Arbeitnehmerin* (Urteil vom 30. September 2011, zitiert nach und besprochen bei THOMAS GEISER, AJP 2013, 437 ff., 440 f.; das Urteil ist abrufbar unter http://www.gerichte-zh.ch/fileadmin/user_upload/entscheide/oeffentlich/LA100034-01.pdf). Man darf gespannt sein, wie das Bundesgericht urteilen wird, wenn ihm einmal ein solcher oder ähnlich gelagerter Fall unterbreitet wird.

Ebenso nicht zu äussern hatte sich das Bundesgericht in casu über die Grenzen einer allfälligen Beschäftigungspflicht, die in der Lehre zum Teil einlässlich diskutiert werden. *Eine grundsätzlich bestehende Beschäftigungspflicht soll demgemäss etwa entfallen, wenn ein Mitarbeiter in gekündigtem Verhältnis steht und freigestellt wird, weil im gekündigten Arbeitsverhältnis die Fürsorgepflicht bereits gelockert sei* (RUDOLPH/WIESLI, a. O., Rz. 16, m. Nw.; BSK OR I-PORTMANN, Art. 328 N 22; BK-REHBINDER/STÖCKLI, Art. 328 N 13;

WYLER, 320; BRÜHWILER, Art. 319 N 4b; vgl. dazu auch das obiter dictum in BGE 123 III 246 E. 4a S. 251). Auch diese Problematik harrt im Einzelnen noch der höchststrichterlichen Klärung (vgl. aber immerhin etwa das Urteil des Bundesgerichts 4C.240/2000 vom 2. Februar 2001, in welchem ein Kadernmitglied einer Bank für die Dauer der Kündigungsfrist ein Beschäftigungsanspruch verwehrt wurde).

e) Als wichtiger Grund für eine fristlose Kündigung gilt jeder Umstand, bei dessen Vorhandensein dem Kündigenden nach Treu und Glauben die Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses nicht mehr zugemutet werden kann (Art. 337 Abs. 2 OR). Als unzumutbar gilt nach bundesgerichtlicher Rechtsprechung die Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses nur dann, wenn das Vertrauensverhältnis zwischen den Parteien derart gestört ist, dass die sofortige und fristlose Auflösung des Vertrages als einziger Ausweg erscheint. *Ein blosser Annahmeverzug des Arbeitgebers als solcher berechtigt den Arbeitnehmer grundsätzlich noch nicht zur fristlosen Kündigung*. Dazu bedarf es zusätzlicher Umstände (BGE 116 II 142 E. 5c S. 144 f.; GLOOR, a. O., 28, m. w. Nw.). *Ein solcher Umstand kann darin liegen, dass dem Arbeitnehmer ein Beschäftigungsanspruch zusteht, der Arbeitgeber also nicht nur eine Obliegenheits-, sondern auch eine Vertragsverletzung begeht*. Das muss im Grunde generell gelten, auch wenn es das Bundesgericht in casu (leider) nicht so verallgemeinert ausdrückt (im gleichen Sinn wohl COMMENTAIRE STÄMPFLI-LONGCHAMP, Art. 324 N 20, sowie BSK OR I-PORTMANN, Art. 337 N 34). Denn einem Arbeitnehmer, dem der Arbeitgeber auch nach einer entsprechenden Abmahnung keine angemessene Beschäftigung anbietet, obwohl der Arbeitnehmer – zur Erhaltung seines Marktwertes – Anspruch auf Beschäftigung hat, ist die formelle Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses nicht mehr zumutbar. Das gilt ganz besonders, wie das hier besprochene Urteil zeigt, für sämtliche Profisportler (GLOOR, a. O., 28, m. w. Nw.).

f) Nicht zu befinden hatte das Bundesgericht im vorliegenden Fall über die Frage, ob in der Nichtweiterbeschäftigung des Arbeitnehmers als solcher eine Persönlichkeitsverletzung liege. Denn die Genugtuung wurde Barea nicht wegen der Freistellung an sich zugesprochen, sondern wegen dieser ungerechtfertigten Freistellung in Verbindung mit der schweren Beschimpfung durch den Trainer in der Presse. Das Bundesgericht folgte damit unausgesprochen einer in der Lehre zum Teil vertretenen Auffassung, wonach eine Persönlichkeits-

verletzung bei Nichtbeschäftigung nur infrage komme, wenn besondere Umstände (längere Dauer, kränkende Umstände der Anordnung [PORTMANN/Stöckli, Rz. 428]) vorlägen. *Man könnte sich indessen durchaus vorstellen, in einer ungerechtfertigten Freistellung stets dann eine Persönlichkeitsverletzung zu sehen, wenn ein Beschäftigungsanspruch besteht* (so – zumindest ansatzweise – bereits wohl BGE 87 II 143).

g) Das Kantonsgericht hatte Barea die Genugtuung in Anwendung von Art. 49 OR zugesprochen, obwohl dieser sich zur Begründung seines entsprechenden Begehrens nur – und unzutreffend – auf Art. 337c Abs. 3 OR gestützt hatte. Dazu war die Vorinstanz, wie das Bundesgericht ausführte, gemäss dem Grundsatz *iura novit curia* berechtigt (BGE 137 III 303 E. 2.2.1 S. 309). Das ist sachgerecht. Bedauerlich ist nur, dass das Bundesgericht selber diesem Grundsatz nicht immer nachlebt; und so hat denn hier ein (mässig bezahlter) Profifussballer eine Genugtuung erhalten, nicht aber früher eine um ihren kargen Lohn kämpfende marokkanische Haushälterin, die es ebenfalls – allerdings auch vor Bundesgericht – unterlassen hatte, Art. 328 i. V. m. Art. 49 OR anzurufen (BGE 133 III 657; dazu TH. KOLLER/MAUERHOFER, a. O., 902 f.).

h) Dass die Äusserungen von Trainer Blazevic über Barea in der Presse («Verräter» und «Schwachsinniger») Persönlichkeitsverletzung waren, überzeugt, ebenso dass Xamax gegenüber Barea für diese Worte gestützt auf Art. 55 und Art. 101 OR einzustehen hat. Es liegt hier ein geradezu klassischer Fall einer *deliktischen* und gleichzeitig auch einer *vertraglichen Hilfspersonenhaftung* vor: *Arbeitgeber haben für Persönlichkeitsverletzungen, welche ihre Kaderleute gegenüber Untergebenen begehen, zivilrechtlich einzustehen*, und dies besonders auch dann, wenn es um Kündigungen bzw. Entlassungen geht (vgl. als früheres Beispiel bereits BGE 130 III 699 und dazu THOMAS KOLLER, ZBJV 2005, 309 ff., 328 ff.). Nur sind sie sich dieses Risikos oft nicht bewusst.

i) Mit dem hier besprochenen höchstrichterlichen Entscheid war die Sache rechtlich erledigt. Aber das Leben geht bekanntlich weiter. Wer daran interessiert ist, was aus Barea, Blazevic und Xamax geworden ist, kann dies bei RUDOLPH/WIESLI, a. O. Rz. 22, nachlesen. Erhebend ist dieses Nachspiel nicht ...

k) Zu bedauern bleibt am Ende nur, dass die bis heute wohl berühmteste Abqualifikation eines Fussballspielers durch einen Trai-

ner nie gerichtlich beurteilt worden ist: «In diese Spiel, es waren zwei, drei diese Spieler waren schwach wie eine Flasche leer! ... Struunz ... Was erlauben Strunz?» (zitiert nach der Transkription bei <http://www.bernd-ackermann.com/trappatoni.htm>). Das hätte einen vielleicht noch schöneren juristischen Leckerbissen gegeben als der hier besprochene (sehr interessante) Entscheid. Denn die Menschheit wüsste doch zu gerne, ob eine «leere Flasche» rechtlich ebenso Persönlichkeitsverletzend ist wie ein «Verräter» oder «Schwachsinniger».

Mir aber sei an dieser Stelle das Schlusswort gestattet: «Ich habe fertig!»³

³ Damit möchte ich nach neun Jahrgängen meine Tätigkeit als Rezensent der arbeitsrechtlichen Rechtsprechung des Bundesgerichts für die ZBJV beenden. Aber freuen Sie sich nicht zu früh, liebe Leserin und lieber Leser: Als Rezensent der mietrechtlichen Rechtsprechung sind Sie mich noch nicht los!